تاريخ النظم القانونية والاجتماعية

نشأة القانون وتطوره

" مع دراسة فى النظرية العامة للالتزامات
فى القانون الرومانى "

دكتور

عباس مبروك الغزيرى

مدرس فلسفة القانون

بكلية الحقوق - جامعة المنوفية

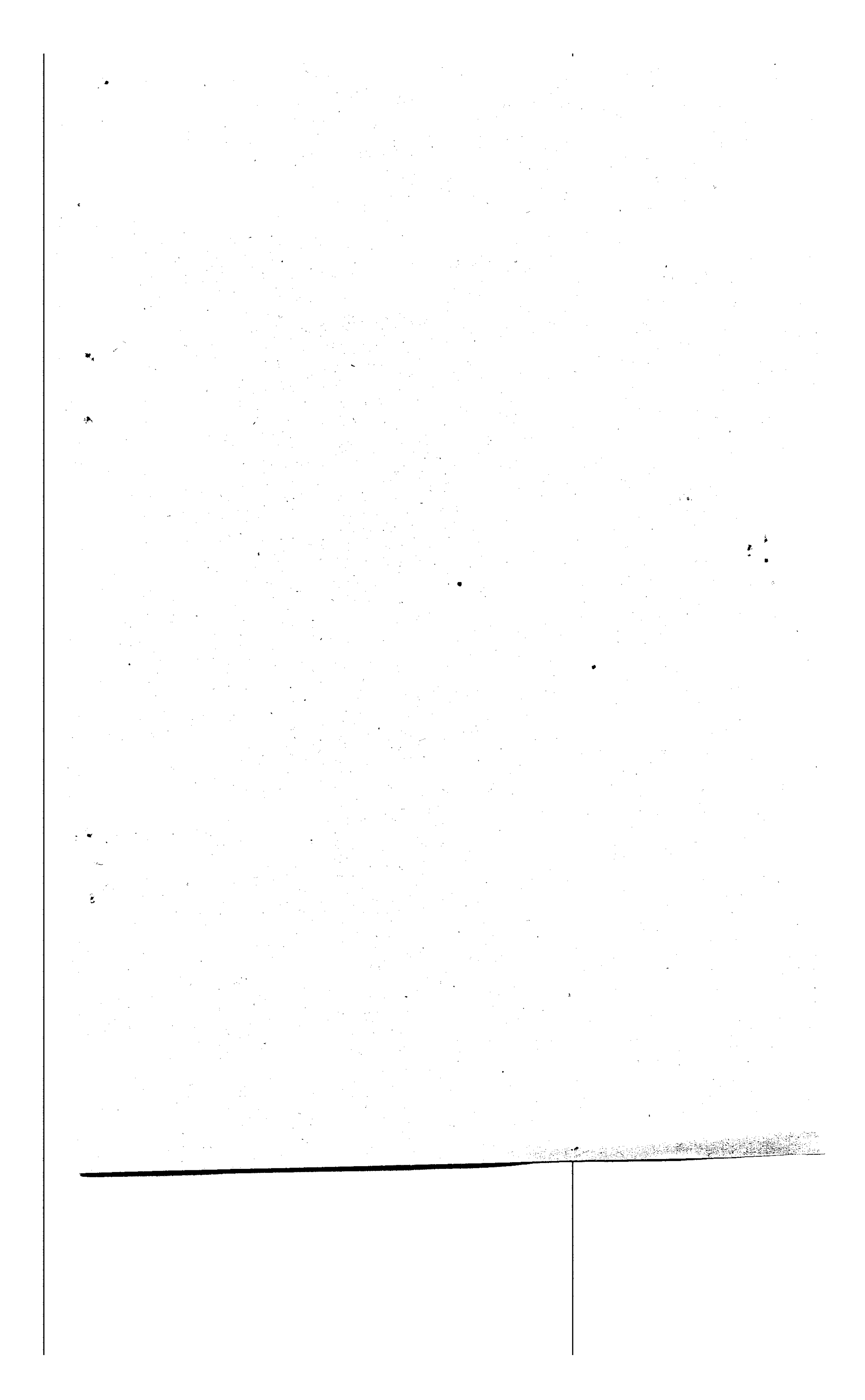
٢٠٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

" وما أوتيتم من العلم إلا قليلا "

صدق الله العظيم

سورة الإسراء آية (٨٥)



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة :

أن القـانون ، بإعـتـبـاره أحـد الضـوابط الأسـاسـيـة للسلوك الإجتماعي فى المجتمع ، فإنه يتكون من مجموعة القواعد العامة والمجردة التى تنظم العلاقات الإجتماعية ، والتى يلتزم الأفراد باتباعهاخشية توقيع الجزاء المقرر علي مخالفتها .

ومن هذا التعريف يتبين لنا أن القانون يتميز عن غيره من القواعد التى تحكم سلوك الناس فى المجتمع بعنصر الجزاء الذي يوقع على من يخالف قواعده .

وآية ذلك أن هناك العديد من القواعد القانونية التى تنظم مختلف العلاقات الإجتماعية . ولكن كثيراً من هذه القواعد لايتصف بصفة القاعدة القانونية نظراً لخلولها من عنصر القهر والإلزام ، فالقواعد الأخلاقية وقواعد المجاملات لاتعتبر قواعد قانونية ، نظرا لخلوها من عصر الجزاء الذى توقعه السلطة ، واقتصار مايترتب على مخالفتها على تأنيب الضمير أو إحتقار الناس وإذدرائهم .

والحال كذلك بالنسبة لقواعد الدين لأن من يخالفها لا يوقع عليه أي جزاء حال ، بل يعرض نفسه لجزاء أخروى (١) .

---

(١) راجع / « أصول القانون » للدكتور / عبد الرزاق السنهوري ، والدكتور / حشمت أبو ستيت - سنة ١٩٣٨ . ص ١٣ - ١٥ - د./ عمر ممدوح - أصول تاريخ القانون - الأسكندرية سنة ١٩٥٢ ، ص ١٨ .

- ويجب أن لايغيب عن البال ، أن انفصال القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الأخرى التى لاتتضمن عنصر الجزاء ، لم يحدث إلا فى عصور متأخرة نسبيا وبعد تطور طويل . إذ أن القواعد الأخلاقية والدينية كانت مختلطة بالقواعد القانونية ، وغير متميزة عنها ، إذ أن الأفراد فى تلك المجتمعات كانت تلتزم قواعد السلوك سواء كانت دينية أم أخلاقية أم قانونية ، ولا يجرؤن علي مخالفتها خوفاً من غضب الآلهة أو خوفاً من الجزاء الذى توقعه الجماعة عليهم (١) .

- وللتفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الأخرى التى لا تحمل صفة القانونية ، وجدت العديد من المحاولات ، منها النظريات الثالثة الآتية :

أ - *النظرية الأولى* ، وترى أن القواعد القانونية تتميز عن غيرها من القواعد الأخرى بضرورتها الإجتماعية . فالقانون يكّون مبدأ التناسق الذى بدونه يتحول المجتمع الى فوضى .

(ب) *والنظريه الثانيه* ، تجعل معيار التمييز بينهما شكليا ، أى كون القاعدة صادرة عن الأجهزة التي تعترف لها الدولة بسلطة التنظبم الإجباري للروابط الإجتماعية (٢).

(١) د./ صوفى حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - دار النهضة العربية - ١٩٦٥ - ص ٣ .

(١) د./ محمد بدر - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - سنة ١٩٧٤ - دار الفكر العربي - ص ٦ .

(جـ) أما النظرية الثالثة فتقيم التفرقة بينهما استنادا إلي معيارإقتران القاعدة القانونية بجزاء توقعه السلطة العامه علي من يخالفها تأسيسا علي أن قواعد الأخلاق تستهدف الكمال الداخلي للإنسان علي حين أن القانون يستهدف إقامة النظام الإجتماعي ، والأخلاق بفرض العدل وتزيد عليه إقضاء الإحسان (١) .

– وإذا كان فقهاء القانون قد اجتهدوا في محاوله لإيجاد معيارا للتفرقة بين هذين النوعين من القواعد ، فإن هذه التفرقة قد أوجدت لتساؤل مهم يتعلق بمدي علاقه التلازم بين الدوله والقانون ، بمعني أن القاعده لا توصف بالقانونيه إلا إذا وضعتها الدوله ، وتولت توقيع الجزاء علي من يخالفها ؟

البعض من الشراح (٢) ذهب إلي لزومية هذه العلاقة ، حيث يرون أن فكرة الدولة سابقه بالضرورة علي فكرة القانون وأنه من العبث البحث عن قواعد قانونية في العصور التي سبقت ظهور الدولة ، لأن الباحث لن يجد سوى مجموعة من القواعد أملتها طبيعة الأشياء يخضع لها الإنسان والحيوان معا .

---

(١) كاربونييه – القانون المدنى – الجزء الأول – باريس – سنة ١٩٦٢ – ص ١٣ – ١٥ .

(٢) هذا الرأى ورد في مؤلف د./ صوفى أبو طالب – السابق الإشارة اليه – ص ٤ .

ولكن هذا الرأي مردود عليه بأن علاقة التلازم بين الدولة والقانون لا تتصف بالحتميه ، والتاريخ خير دليل علي ذلك ،إذأن القانون قد نشأ قبل نشأة الدولة . فمن المعروف أن الأسرة أو القبيلة أو العشيرة وجدت قبل نشؤ الدوله ، وكانت كلمة رئيس الأسرة أو القبيله أو العشيرة تعد بمثابهة القانون بالنسبة للأفراد المنتمية ألي تلك الأسرة أو القبيلة أو العشيرة . وكان عنصر القهر والإلزام يستمد من سلطه رب الأسره أو العشيره أو القبيلة. فهو وحده الذي يحدد الجزاء الواجب التطبيق علي من يخالف القواعد التي ارتضتها الجماعة في سلوكها .

كما أن الجماعه الهمجيه التي تعيش في عصرنا الحديث – مثل زنوج إستراليا– يعرفون فكره القانون رغم أنهم يجهلون فكرة الدولة (بالمعني المتعارف عليه في العصر الحديث) وما تستتبعه من تنظيم سياسي وقضائي . ويظهر شعورهم بوجود قواعد قانونيه في أن كلا منهم يعرف ما هو حق له وما هو واجب عليه ، وفي اتجاه الرأي العام داخل القبيلة نحو إستحسان أو استهجان أي فعل يرتكبه أحدهم نحوالآخر ، وفي توقيع الجماعة لبعض العقوبات علي من يخالف القواعد التي تسير عليها الجماعة في سلوكها(١) .

– تخلص مما تقدم إلي أن كل القواعد سواء كانت قانونيه أو

---

(١) د./ صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ٥٠٤ .

أخلاقيــة أو دينية أو عرفيـة تقوم في المجتمع ، وتسـهم كلها في تنظيم . غايه ما في الأمر أن القاعده القانونيه تتميز عن غيرها من القواعد بعنصرض الجزاء سواء تولت الدوله أو أيه سلطة أخري توقع ذلك الجزاء

- أهمية الدراسة التاريخية للقانون :-

قد يبدوا للوهلة الأولي أن الدراسة التاريخية ليست لها أى فائدة عملية في مجال الدراسات القانونية ، حيث يقوم القاضي في الوقت الحاضر بتطبيق القانون الوضعي المعمول به في الوقت الحالي دون الإلتفات إلي ما سبقه من قوانين في العهود السابقه أو في الماضي القريب ، أو ألي ما يجب أن يكون عليه القانون في المستقبل [1] .

ولكن هذه النظرية سرعان ما تتبدد إذا ما نظرنا إلي الدراسات التاريخية للقانون نظره علمية فاحصة فلدراسة تاريخ النظم القانونية والأجتماعيه فوائد كثيرة منها : ـ

١- أن هذه الدراسه تعطي فقهاء المستقبل ورجال الأعمال والأقتصاديين نماذج يرون فيها كيف برتبط عند الشعوب - عبر تاريخ طويل - الحياة الإقصادية والأجتماعية والسياسية والفكريه بنظم

(١) د./ أحمد إبراهيم حسن - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ . ص ١ .

القانون ، تأثيرا أوتأثرا في رباط وثيق ، وكيف كانت المراحل المتناسقه أو المتنافره في تحولها تؤديها اما إلي التطور المطمئن ، وإما إلي الثورة بالمعني الواسع .

- والإلمام بهذه الظروف من قبل الفقيه تكسبه الخبرة من عِبَر التاريخ وتجاربه فيدرك أن القانون يجب أن يكون آداة مرنه تستجيب لظروف الحياه الإقتصاديه والأجتماعيه التي تتغير باستمرار ، ويخاصه في فترات يسرع التاريخ فيها خطاه مع تقدم التجاره وتطور الصناعه وزيادة الإكتشافات العلميه (١) .

٢ - أن هذه الدراسه تساعد الباحث في علوم القانون علي تفهم القاعدة القانونية علي وجهها الصحيح وذلك بمايقدمه للباحث من خلفيه تاريخيه عن أصل النظم القانونيه السائده وتطورها عبر الأزمنه المختلفه . ويجعل الباحث يمنأي عن قدسيه النصوص القانونيه القائمه واقتصاره علي شرحها باعتبارها مقدسه لا يعلي عليها ، ومن ثم لا يصح الخوض في غير شرحها وتفسيرها(٢) .

---

(١) د./ محمد بدر - المرجع السابق - ص ١٩ .

(٢) أنظر مؤلفنا - تاريخ القانون المصرى - القانون الفرعونى . سنة ١٩٩٧ - ص ٣ .

أ.د/ عبد المجيد الحفناوى - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - ص ١١٧ حيث قد أعمل هذا المعني فى قوله « أن دراسة القانون لاتهدف إلى مجرد الإلمام الآلى بنصوص القواني المطبقة وأحكام القضاء ..... الخ » .

فالنظم القانونية الحالية لم توجد دفعه واحده ولم تنشأ من العدم ، بل هي عباره عن تهذيب للنظم القانونيه القديمه ، وتلك النظم القديمه أخذت تتطور وتتعدل بعد نشأتها بما يلائم حاجة المجتمع الذي تحكمه حتي وصلتنا بحالتها ، ومن أمثله ذلك المبدأ الذي يقضي بمصادر الآلات والأدوات متي إستعملت في إرتكاب الجريمه حتي ولو كانت مملوكه للغير ، هذا يرجع إلي إن العقوبه كانت قائمه قديما على الإنتقام من مرتكب الجريمه سواء كان إنساناً أم حيوان أم جمادا (١).

٣ – أن هذه الدراسة تفتح الطريق لمعرفة النظم القانونية المعاصرة ولحسن فهمها ، إذ علي رجل القانون أن يبحث عن أصل هذه النظم وأن يعين مدي إرتباطها بالماضي أو إنقطاعها عنه ،

---

(١) أ.د/ صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١١ ، حيث قد أشار الى مثال آخر يوضح لدى أهمية الدراسة التاريخية فى فهم النظم القانونية المعاصرة ، وهو يتعلق بالنص الوارد فى الديكريتو الصادر فى ١١ مايو سنة ١٨٧٥ والخاص بمشايخ العربان وعمدهم . فهذا الديكريتو يوجب على هؤلاء العمد أن يضبطوا الأشخاص الأشقياء ويسلمونهم للمديرية ، فإن لم يتيسر ضبطهم وجب عليهم أن يحضروا أحد أولاد المطلوب ضبطه أو أحد أقاربه ويرسلوه الي المديرية رهينة لحين ضبط المطلوبين . وعلل المشرع ذلك الحكم بقوله – كما جاء فى ديباجة ذلك القانون « حيث أن القواعد المتبعة منذ القدم فى شأن أشقياء العربان تقضى بأخذ رهائن من أقارب الشخص المطلوب لحين ضبطه » . فهذا النظام مازال له حتى اليوم آثاره ، وبصفة خاصة فى مجال ضبط الجانى ، وفي مجال تنفيذ الأحكام .

وما أسباب الإتصال أو ما مبررات الإنقطاع فكثيرا من نظم القانون الوضعي لا يمكن فهمها علي وجهها الصحيح إلا بالرجوع إلي أصولها التاريخيه فالقانون الحديث يفرق مثلا بين الحق العيني والشخصي ويرتب كثيرا من النتائج الهامة علي تلك التفرقه ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال فهم هذه التفرقة فهما صحيحا إلا بالرجوع إلي القانون الروماني الذي يعد أصلا لهذه التفرقه

٤- أن دراسة نشأة النظم القانونيه وتطورها ومدي الإرتباط بينها وبين ظروف المجتمع التي طبقت فيه لا غني عنها لدراسه الجامعيه ، لأن الأقتصار علي الدراسه العمليه فقط من شأنه تجريد القانون من صيغتة العلميه فعلم القانون كسائر العلوم الأخري يقوم علي الحقائق الثابته التي يمكن إستخلاصها من دراسه تطور الجماعات ونظمها القانونيه ، لا علي تفسير نصوص وضعيه زائلة بطبيعتها كالأنسان الفاني واضعها ، فضلا عن أن الإقتصار علي الناحيه العلميه في دراسة القانون ، هو إغفال للإعداد العلمي الصحيح الذي يجب توفيره للناشئين من رجال القانون ،لأن ذلك من شأنه أن يجعل منهم في المستقبل رجالا ذو حرفة مجردين من كل صفة علميه لا يعرفون من أمر القانون إلا الحلول اليوميه التي تقتضيها الحياة العمليه . فإذا تغيرت الظروف والأحوال الإجتماعيه وأصبحت القوانين غير الوضعيه غير ملائمة للتطور الإجتماعي الجديد عجزا عن مجاراة روح العصر وسد النقص فيها فتصاب القوانين بالركود والجمود . وهذا ما يؤدي إلي الإنحطاط

والإضمحلال القانوني (١) .

نطــــاق الدراســـــه :-

أن علم تاريخ النظم القانونية يركز أساسا على دراسه النظم القانونيه المختلفة في علاقتها مع الظروف السياسية والإجتماعية والإقتصادية والفلسفية السائدة في المجتمع ، وبيان مدي عمليه التفاعل بينهما ، فهو لا يهتم بدراسة القواعد القانونيه دراسه تجريديه منبته الصلة بمختلف العوامل السابق الإشارة إليها ، إذن أن مجال هذه الدراسه هو تاريخ القانون . ومن ثم فإن تاريخ النظم لا يقف عند مجرد تبيان القواعد المجرده ، بل يتعدي ذلك إلي بيان ما تنطوي عليه هذه القواعد من مظاهر اجتماعية مختلفه ، ولذلك يطلق علي تاريخ النظم القانونيه التاريخ الداخلي للقانون ، أما التاريخ الخارجي له فيمثل علم تاريخ القانون .

ويهتم تاريخ النظم بدراسة نظم القانون الخارجي ، وبدراسة النظم السياسيه والإجتماعيه وتتناول نظم القانون الخاص دراسه الأسره والميراث ونظام الملكية ونظام التعاقد ، بينما تعالج النظم السياسيه نظام الحكم والإدارة ، ونظام التقاضي والجرائم والعقوبات ، كما تشمل دراسه طبقات المجتمع وبيان المركز القانوني لكل طبقه من طبقاته (٢) .

---

(١) عمر ممدوح - المرجع السابق - ص ٨ .

(٢) د./ أحمد إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٥ .

– بالإضافه إلي ذلك فإن تاريخ النظم يهتم عموما بدراسة القانون كظاهرة إجتماعية مرتبطة بمختلف الظروف التي يمر بها المجتمع ، إبتداء من مرحلة القوة ومروراً بمرحلة التقاليد الدينية والعرفية ، إنتهاء بمرحلة التدوين التي تسيطر على أغلب المجتمعات الحديثة ، موضحا لكيفية نشأة القانون في كل مرحلة من هذه المراحل ، والدور الذي لعبته الظروف المختلفة للمجتمع في كل مرحلة من مراحله .

وستقتصر دراستنا في هذا المؤلف علي كيفيه نشأه القاعده القانونية ، والأدوار المختلفه التي مرت بها ، إلي أن وصلت إلي مرحلة التدوين ، موضحين لكيفية تطويرها وأساليب هذا التطور ،

– إنه في مجال دراسة تاريخ النظم يجد الباحث نفسه أمام منهجين رئسين ، لكل منهما مزاياه وعيوبه

١ – *المنهج الرأسي* : ويعتمد علي دراسه أحد النظم القانونيه كنظام الحكم أو نظام التعاقد ، بحيث يتم تتبع هذا النظام في الشرائع المختلفه والحضارات المتعدده ، وتأصيل هذا النظام ودراسه التطورات التي حدثت له ، دون حصر إطار التفكير في نظام شريعه معينه لحضاره بذاتها .

٢ – *المنهج الأفقي* : وهذا المنهج يأخذ العصر أو الزمن التاريخي كأساس للدراسه ، فيتاول النظام القانوني في كل عصر تاريخي علي حده وفي كل حضاره منفصله عن الأخري ، كأن يتناول

نظم الحكم والإداره في الحضاره البابليه ثم في الحضاره المصريه القديمه ، وفي نطاق هذه الحضاره الأخيره يعالج في العصر الفرعوني ثم البطلمي وأخيرافي العصر الروماني .

وهذا المنهج يمتاز بالبساطه ويجنب الباحث الكثير من المصاعب التي تثيرها الدراسة المقارنة . فيقوم بدراسه النظم القانونيه في كل حضارة علي حده . كما يوفر لنا رؤية كاملة للنظم المختلفة في كل عصر من العصور ، إلا أن هذا المنهج يعيبه الطابع التاريخي البحت الذي يلائم دراسة تاريخ الحضارات وليس تاريخ النظم القانونيه ، كما أنه يؤدي إلي تجزئه النظم ويقطع العلاقات بينها مما يؤدي إلي عدم ملاحظة التطور الخارجي لها .

– ونحن في دراستنا لنشأة القانون وتطوره سنتبع المنهج الرأسى الذي يفسح لنا المجال لمتابعة تطورالقانون عبر مراحله المختلفه ، مستندين في ذلك إلي التقسيم القانوني للتاريخ الإنساني ، والذي ينقسم إلي المراحل الآتيه :-

– مرحلة القـــوه – مرحلة التقاليد الدينيه

– مرحلة التقاليد العرفيه – مرحلـــة التدوين .

تقسيم :-

كما ذكرنا من قبل ستقتصر دراستنا علي نشأة وتطور القانون في الحضارات المختلفة ، وبصفة خاصه الحضارات التي قامت حول حوض البحر الأبيض المتوسط أو الجزيرة العربية ، محللين لبعض نظم القانون حينما نقتضي الدراسه ذلك ،

وبناء علي ذلك سوف نقسم تلك الدراسة للأبواب الآتيه :-

الباب الأول :- مرحلة القـــــوه .

الباب الثاني:- مرحلة التقاليد الدينيه .

الباب الثالث :- مرحلة التقاليد العرفيه .

الباب الرابع :- مرحلة التـــــدوين .

الباب الخامس :- تطور الشرائع القديمة وأساليب تطورها .

الباب الأول

مرحلـــة القـــــوة

– يقصد بمرحلة القوة ، من وجهة النظر القانونية ، تلك المرحلة في تاريخ المجتمعات البشرية التي تكون فيها القوة هي مصدر الحق ووسيله حمايته .

واستعمال القوة كمصدر للحق كانت سائدة في المراحل البدائيه للمجتمعات الأولية ، وإن كانت تختلف من مجتمع إلي آخر وفقا للظروف الإقتصاديه والإجتماعيه . إذ نجد أن الرجل البدائي كأن يأخذ لنفسه بالثـــأر فيقول « أن الثأر ثأري وسأرد عن نفسي مالحق بي .» (١).

– وإذا كان الكثير من هذه المجتمعات البدائيه قد بلغ حدا كبيرا من الرقي والتقدم اليومي فإننا يجد مجتمعات كثيره في إسترالـيا وأفريقيا وفي أمريكا لا تزال تعيش معيشه بدائيه حتي الان ، فا القبائل الهنديه التي تسكن كالفورنيا السفلي » ما زالت تعيش الحيـــاة البدائيه ، إذ أن كل فرد من أفرادها يعتبر هو شرطي نفسه ، وهو الذي يقيم لنفسه ميزان العدل مما تسعفه قوته من الثأر (٢).

---

(١) ولد يورانت – قصة الحضارة – ترجمة د./ زكى نجيب محفوظ – المجلد الأول – ص ٥٠ .

(٢) ولد يورانت – قصة الحضارة – ترجمة د./ زكى نجيب محفوظ – المجلد الأول – ص ٥٠ .

- أما من ناحية التنظيم الإجتماعي في المراحل البدائية للمجتمعات البشرية ، فنجد أنها كانت تأخذ شكل القبيلة أو العشير أو الأسرة ، ويقوم إقتصادها أساسا علي الصيد والرعى وقليل من الزراعة ويغلب عليها من الناحيه الفكريه التفكير الخرافي الذي يقوم علي الأفكار الوثنيه ، التي تتمثل غالبا في عباره الأسلاف (١) .

- وإذا ما أردنا التطرق إلي مصادر القانون في هذه المراحل البدائيه ، فإنه يكون لزاما علينا أن نتطرق إلي الأوضاع القانونيه السائده في هذه الحقبة الزمنيه ، سواءاً فيما يتعلق بالأسرة أو الملكية أو الحكم أو القضاء والعقوبات ، والتي علي ضوءها نستطيع الوقوف علي الأدوات القانونية التي تستخدم في تنظيم هذه الموضوعات في المجتمعات البدائيه . إذا أن دراسة القانون من الناحيه التاريخيه تعتمد علي سرد الأحداث ثم الإستنتاج من خلال هذه الأحداث لما هر قائم ومستقر من أنظمة قانونيه عبر التاريخ ، وذلك علي العكس من الدراسات الحديثه للقانون التي تعتمد علي شرح وتحليل ما هو قائم من أنظمه قانونيه .

ولهذا فإننا نتداول لمرحلة القوة من خلال الفصول الآتيه :-

---

(١) د./ محمد على الصافورى - تاريخ النظم القانونية - مطابع البيان التجارية - دبى - سنة ١٩٩٧ ، ص ٢١ .

الفصل الأول : الأوضاع القانونية التي سادت مرحله القوة .

الفصل الثاني : – مصادر الحق –(القوه تنشئ الحق وتحميه)

الفصل الثالث : مجال إستعمال **القوه** في **التشريعات الحديثه** .

الفصل الأول

الأوضاع القانونية التي سادت مرحلة القوة

أنه في ظل هذه المرحلة لا يمكن الحديث عن أنظمة قانونية ، بالمفهوم الحديث ، حيث أن فكرة القانون أو النظام لم تكن قد نشأت بعد [١] وأن كل ما تفعله هو مجرد مشاهدة للعلاقات والأوضاع المختلفة ، ومناظرتها بما يماثلها من أنظمة قانونيه بالمفهوم الحديث . حتي يتسني للقارئ الوقوف علي الأوضاع القانونيه التي كانت تسود في ظل المراحل البدائيه للمجتمعات الأوليه ، ولهذا سنتناول ، النظام الأسره ، والملكيه والحكم والقضاء والعقوبات في المطالب الآتيه علي التوالي :-

---

(١) هناك من يقول بأن النظام متمثلاً فى السلطة كان متلازماً مع الجماعات الإنسانية منذ وجدت ، حيث يقول د./ محمد طه بدوى « أن السلطة السياسية هى واقع من معطيات الطبيعة البشرية لازمت الجماعات الإنسانية منذ وجدت ، وإذا كان التغير قد ظل ولايزال يلاحق هياكلها ، فما ذلك إلا فى شكلها دون جوهرها . أن كنة السلطة هو بعينه لدى الجماعات المتخلفة ولدى المجتمعات السياسية المتقدمة فى عصرنا علي السواء ومّا الإختلاف الا فى درجات التنظيم ، إنه إختلاف فى الكم والكيف وليس البتة فى الجوهر . أن من المتفق عليه بالتحليل العلمى أن للسلطة السياسية - من حيث هي ظاهرة إجتماعية - صلبا ثابتا بمقومات ثلاثة تشكل كينونتها هي القوة والشرعية والخيرية » - النظرية السياسية - النظرية العامة للمعرفة السياسية القاهرة - المكتب المصري الحديث - سنة ١٩٨٦ - ص ٣٢ .

المبحث الأول

نظـــــــام الأســـــــره

أن الإنسان لا يمكن أن يعيش منعزلا عن غيره من بني لبشر ، إذا أنه اجتماعي بطبعه ويميل إلي العيش في جماعة تتمثل في العصر الحديث ، بما يسميه علماء الإجتماع الأسره ، والتي تتكون من الزوج والزوجه وأولادهما . أما بالنسبه للعصور الأولي فقد إختلفت الاراء حول شمل الجماعه الأولي التي كان ينتمي إليها الإنسان ، وهذا ما يدعونا إلي الوقوف علي شكل الخليه الإجتماعيه الأولي ، ثم نتبع ذلك بدراسه القواعد القانونية التي سادت داخل الأسره .

أولا : الخليه الإجتماعيه الأولى :-

ليس هناك معلومات كافية يمكن الإنتهاء بها إلي حكم صحيح عن أول خليه إجتماعية وجدت في الجنس البشري . ولهذا فقد تعددت الآراء في هذا الشأن وتضاربت وانقسم الباحثون إلي فريقين .

- **الفريق الأول ..** يري أن القبيله أو العشيره كانت أول خليه إجتماعيه ظهرت علي سطح البشريه وأنها كانت جمعا من الأفـــراد لا تربطهم قرابه ، وأنما جمعتهم المصادفة أو الضروره للتعاون علي إتقاء الأخطار المحيطة بهم والمحافظةعلي بقاءهم .

والفريق الثاني .. يري أن الأسرة التي تربط أفرادها علاقة الدم ورابطة القرابة كانت هي الخلية الإجتماعية الأولي للمجتمعات البشريه .

ونعرض فيما يلي رأي كل من هذين الفريقين .

١- القبيله اول خليه إجتماعيه ء

أول من نادى بهذه النظرية هو العالم الإجتماعي « ماك لينان ». و تقوم نظريته علي أساس أن الجماعة البدائية الأولي كانت مكونة من قوم رحل لا تربطهم صلة قرابة ، وانما جمعتهم المصادفة أو الضرورة للتعاون فيما بينهم لإتقاء الأخطار ، والدفاع عن كيانهم ضد الوحوش المحيطة بهم .

فضعف الإنسان فى أعضاءه الفسيولوجية التي يدافع بها عن نفسه ، وفى نفس الوقت قلة الطعام لجهل الإنسان الرعى والزراعة ، كانت تجعل منه فريسة للكواسر التي لم تزل تجوس فى مناكب الأرض .

وهذا ما جعله يلجأ الى الإعتصام بأفراد من نوعه ، لتعيش الأفراد جماعة تستعين بالتعاون على البقاء فى عالم تمتلئ جنباته بالأنياب والمخالب والجلود التى يستحيل ثقبها (١) .

– ونظراً لقلة الطعام ، فقد عمدت هذه الجماعات الى قتل البنات لعدم قدرتهن على توفير الطعام لهن بغير وساطة الرجال ،

---

(١) أنظر : د./ عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - دار المعارف - سنة ١٩٦٢ - ص ٢٥ ومابعدها .

وأنظر أيضاً - قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ٥٦ .

وأكتفت بتربية فتيان أشداء كانت الجماعة فى حاجة اليهم سواءاً للدفاع عن كيانها أو الحصول على طعامها فى ظل جو محفوف بالمخاطر . وقد ترتب على قتل البنات أن أصبحت الجماعة فيما يتعلق بالناحية الجنسية تعيش فى حالة إباحية ، حيث أصبحت النساء مشاعاً للرجال ، ومن ثم تكونت الجماعة البدائية الأولى من أمرأة واحدة وعدد من الرجال .

ولما قل عدد النساء بين أفراد البشر الي درجة كبيرة بسبب قتل البنات ، عمدت الجماعة الى خطف النساء من الجماعات الزخرى ، فنشأت بذلك على مر الزمن عادة تحريم الإختلاط أو التزاوج بين إمرأة ورجل من أفراد جماعة واحده . وأصبح من واجب الرجال إختطاف النساء من جماعات أخرى . وتأصلت هذه العادة فى النفوس حتى أصبحت عادة مقدسة تلزم كل فرد بعدم معاشرة إمرأة من داخل الجماعة التى ينتمى اليها ، بل لابد أن تكون قد أختطفت من خارج دائرة الجماعة .

ولما كانت المرأة المخطوفة ترجع الى جماعتها وهى حامل ، ثم تتداول بين الرجال علي هذه الصورة فى جماعة أخرى ، فكان من المستحيل أن ينسب الولد الى أبيه نظراً لعدم معرفته . ولهذا لم يكن هناك بد من أن ينسب الولد لأمه بإعتبارها الأصل المتيقن فى تلك الحياة التي تسود فيها الإباحية الجنسية فنشأ بذلك نظام الأسرة [illegible] يتبعه من نظام تعدد الأزواج الذى لا تختص فيه المرأة [illegible] أزواج [illegible] . بل بعدد من الأزواج وينسب الولد لأمه ويعد

فى كنفها إلى أن يصبح فى عداد الرجال فيرحها ويذهب الي غيرها من النساء[١] .

وكما يقول ماك لينان لم يكن فى النظام الأمى فى بادئ الأمر أى صلة دموية بين أزواج الأم ، ثم تطور الحال بعد ذلك وأصبح لكل إخوة إمرأة يختصون بها جميعاً ، ومن ثم أصبح من الممكن أن ينسب الولد لهؤلاء الإحوة بدلا من أن ينسب الى أمه .

ثم إعترف للأخ الأكبر شيئاً فشيئاً بحق الأولوية بالنسبة لإخوته فصار يفترض إنتساب الأولاد إليه على إعتبار أنه الزوج الأول وأنهم ولدوا منه ، وأنتهى الأمر بأن إستأثر الأخ الأكبر بزوجته وضم إليه إخوته وأولاده واستقل بأسرته فى أمور حياته ، فنشأ بذلك نظام الأسرة الأبوية (٢) .

- نقد نظرية مالء ليبـــــان : -

لقد لاقت هذه النظرية فى بادئ الأمر قبولاً كبيراً لدى العلماء ، وبصفة خاصة الأنجليز حيث كانوا مازالوا يؤمنون بالفكرة التى كانت تنادى بقدرة الإنسان على الإرتقاء الى مالا نهاية بفضل الأنتقاد

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٧ .

(٢) د. عمر ممدوح - المرجع السابق - ص ٢٧ .

الطبيعي والجنسى الذي يضمن البقاء للأصلح (نفس فكرة النظرية الداروينيه) .

ولكن هذه النظرية وجدت معارضة شديدة من طائفة من علماء الإجتماع البارزين وعلى رأسهم هربرت سبنسر الذي أنتقد هذه الفكرة ورفضها تماماً ، إذ يرى أن إنتقال الجماعة من حياة الإباحية الجنسية الي نظام تعدد الأزواج بسبب قتل البنات وندرة النساء ، ثم إنتقالها من نظام الزواج الفردى إلى نظام تعدد الزوجات بعد تحولها من النظام الأمى الى النظام الأبوى إنما هى نظرية تقوم على مفترض لا سند له فى الحقيقة والواقع الا فى وجود الشيوعية الجنسية والنظام الأمى بصفة شاذة فى بعض الجماعات البدائية الحالية . وهذا الإفتراض لايستند الا على حالات نادرة ، مثل عادة زواج الأخ بالأخت التى كانت توجد فى أوائل العصور التاريخية فى مصر القديمة واليابان والتى يقال أنها مازالت موجودة بين الطبقات العليا لسكان جزائر هواى . أما تعدد الأزواج بين النساء فلا يوجد إلا بصفة شاذه بين بعض قبائل الأسكيمو التى تقطن المناطق الجليدية ولدى بعض جماعات من الزنوج فى أفريقيا الشرقية (١).

ولهذا فقد إزداد مع الزمن معارضي هذه النظرية ، ورفضها تماماً الباحثين المحدثين .

---

(١) د./ عمر ممدوح – المرجع السابق – ص ٢٨ .

٢- الآسرة هي الخلية الإجتماعيه الأولى :-

يري أنصار هذا الرأي أن الأسرة الأبوية كانت الخلية الإجتماعية الأولي ، وكانت تقوم هذه الأسرعلي رابطة الدم من جهة الذكور أو الخضوع لسلطة أب أو جد مشترك يدينون له بالولاء والطاعة .

ثم اتسعت دائرة هذه الخلية علي مر الزمن بإزدياد النسل والتوسع في فكرة القرابة بتبني الغريب وحماية المهاجر النزيل وعتق الرقيق حتي صارت عشيرة مكونة من عدة أسر ينتسب أفرادها إلي أصل واحد ثم تكونت القبيلة من جميع العشائر [١] .

وهذا الرأي يطابق ما ذهب اليه الفيلسوف أرسطو من أن الأسرة كانت مصدر الدولة والأساس الأول الذي قامت عليه . فالدولة تعد من وجهة نظره نموا طبيعيا لتطور ونمو المجتمع الإنساني . فهي عنده تعد المستعمرة الطبيعية للعائلة ، وقد بني رأيه هذا علي أساس أن الإنسان لا يستطيع أن يعيش بمفرده وأن اتحاد الجنسين ضروري لإستمرار البشرية ، وأن هذا الإتحاد يتطلب نظام خضوع تقوم عليه علاقات الزوج بزوجته والأب بأبنائه والسيد بتابعه ، كما يري أن القرية أو القبيلة تكونت بتجميع العائلات [٢] .

---

(١) د./ [illegible] أبو طالب - المرجع السابق - ص ٣٥ .

(٢) د./ [illegible] حسين - نشأة القانون - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٨ - ص ٢٢٩

فالأسرة إذن تكَّون الخلية الإجتماعية الأولي ، وهي تكَّون وحدة المجتمع من الوجهة السياسية . فهي تكَّون دويلة صغيرة يرأسها رب الأسرة مدي حياته . ثم يليه في رئاستها بعد وفاته الإبن الأكبر وهكذا ،

كما أنها تكون فوق ذلك وحدة إقتصادية تقوم علي مبدأ الإكتفاء الذاتي بحيث تنتج الأسرة كل ما تحتاج اليه في حياتها دون حاجة للإلتجاء إلي الأجانب للحصول علي إحتياجات الأسرة . فقسوة الطبيعة إضطرت أعضاء الأسرة إلي العمل الجماعي ، وإلي عدم وجود مبدأ تقسيم العمل وإلي النظر إلي الأسرالأخري بإعتبارها أعداء .

- ولا شك أن هذه النظريه كما يقول د/ عمر ممدوح - تعد أكثر مطابقة للحقيقه التاريخية السابقه ، لأنها تقوم علي مجرد الإفتراض والتخمين ، وإنما إستناداً إلي بعض الحقائق التاريخية التي تثبت صحتها منها ما ورد في التوراة خاصاً ببيان العشائر التي انحدرت من أصل واحد مثل عشيرتي بعقوب وعيسو وإسحاق[١] . ومنها ما هو مأثور عن فلاسفة الرومان واليونان وخاصة أرسطو من أن الأسرة كانت هي الأساس الذي قامت عليه الدولة .

---

(١) راجع : العهد القديم من الكتاب المقدس - سفر التكوين - الإصحاح الخامس والعشرين ومابعده - أشار اليه علي بدوى فى مؤلفه أبحاث فى التاريخ العام للقانون - ص ١٨ ، هامش ٣ .

نقـــد هـــذه النظريـــة :-

يؤخذ علي هذه النظرية أنها قد أخطأت حينما جعلت من الأسرة الوحدة الاجتماعية الأولي وذلك أن الأسرة القائمه علي صلة الدم لم يكن لها وجود في العصور القديمة ولا حتي في العصور القريبة منه نسبيا لأن نظام الأسرة الأبوية لم يكن معروفا في كل العصور ، ففي كثير من المجتمعات القديمه نجد أن الأسرة كانت قائمة علي صلة الرحم (الأسرة الأمية) وكان أفراد تلك الأسرة ينتسبون لأمهم ولم تكن تربطهم بأبيهم أية صلة ، ويرجع ذلك الى حالة الإباحية الجنسية التى كانت سائدة فى المجتمعات البدائية مما أدى الى جهل الأولاد لأبائهم ، ومن ثم كانوا يخضعون لسلطة أمهم ولأقاربهم من جهة الأم .

– وبالأضافة الى هذين الفريقين ، وجد فريق ثالث يرى أن الخلية الإجتماعية الأولى إنحصرت فى دائرة أضيق من القبيلة وأوسع من الأســرة ، وهى دائرة العشيرة ، والعشيرة عبارة عن جمع من الأفراد لا تربطهم صلة قرابة وإنما تجمعهم صلة روحانية تقوم على إعتقاد الجماعة بأنها تولدت من توتم واحد ، يعد بمثابة الجد الأعلى لها ، وهذا التوتم هو عادة حيوان أو نبات تعبده الجماعة وتتخذ منه رمزاً لها لما يرجى منه من خير أو يخشى منه من شر . وقد وجدت هذه العشائر بين الجماعات الإسترالية الأصلية الحالية وبعض قبائل الهنود الحمر بأمريكا الشمالية [١] .

---

(١) / عبد الحميد متولى – أصل نشأة الدولة – مقال بمجلة الحقوق – جامعة أسكندرية ، سنة ١٩٦٤ ص ٤٦ .

– ولكن إعترض علي هذه النظرية بأن حالة الشيوعية الجنسية السائدة الآن لدى بعض الجماعات الهمجية لا تدل دلالة قاطعة علي أن تلك الجماعات بدأت حياتها الأولى بحالة إباحية جنسية ، فضلاً عن أنه من المتصور مادمنا فى عالم الأفتراض أن تكون هذه العشائر قد تكونت من أسر أجنبيه لا تجمعها صلة القرابة إنما تجمعها وحدة العبادة التى قامت داخل العشيرة على وجود قوة عليا حلت بالتوتم يشترك أفراد العشيرة فى عبادتها .

– وإذا ما أردنا الإختيار من بين النظريات الثلاثة السابق عرضها، فإننا نميل ، مع أستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب ، إلى نظرية القبيلة بإعتبارها الخلية الأولى ، وذلك للأسباب الآتية : –

١ – أن نظام الأسرة الأموية نظام حديث نسبياً ، ومن ثم لايمكن إعتباره بمثابة الخلية الأولى للحياة الإجتماعية ، بالإضافة الى نظام الأسرة الأمية كان سابقاً لظهور الأسرة الأبوية ، وهذا النظام كان يعتمد على نسب الأبناء لأمهم ، ولجدهم من جهة الأم ، وهذا مايدل علي وجود نوع من الصلة بين أسرة الأم وأبنائها ، وهو مايعد فى حد ذاته تجمع لمجموعة من الأفراد حول الأم .

٢ – أن ظروف الحياة فى المجتمعات البدائية ، كانت تعتمد بصفة أساسية على الصيد والرعى ، وهو مايدعوا الى كثرة التنقل والترحال بحثاً عن أسباب الحياة ، وهذا مايعرضهم لمخاطر الطبيعة وما بها من وحوش كاسره قد تفتك بالإنسان إذا ما عاش منعزلاً ، ولذلك فكان يعيش مع غيره من الأفراد ، ويدخل معهم فى علاقة تضامن

من أجل المحافظة على الحياة ، فنشأة بذلك القبيلة بإعتبارها النوآة الأولى للحياة الأجتماعية .

ثانياً : الوضع القانونى للأسره

تأثر نظام الأسرة فى ظل هذه المرحلة بالظروف التي كانت سائدة فى ظل هذه الفترة ، لا سيما الوضع العائلى الذى كان سائداً فى العهود الفطرية الأولى . وخلف آثاراً كثيرة سواءاً فيما يتعلق بالزواج ، أو القرابة النسبية ، ومكانة الرجل فى المجتمع البدائي .

ولذلك سنعرض لهذه الموضوعات على التوالى : —

١ - الـــــزواج :-

فى ظل هذه المرحلة عرفت الجماعات البدائية صوراً كثيرة من أنواع الزواج ، تختلف بإختلاف الجماعات وأنواع الزواج وهذه كانت أقرب الى الفوضى منها الى الزواج بمعناه المعروف . فقد أنتشر فى بعض الجماعات ماعرف **بزواج التجربة** . فعند قبيلة « أورانج ساكاى » فى ملقا ، كانت المرأة تعاشر كل رجل من رجال القبيلة حينا ، حتى إذا ما أتمت الدوة بدأت من جديد ، وبين قبيلة « ياكوت » فى سيبيريا ، والطبقات الدنيا فى التبت ، وكثير غير هذه من الشعوب ، كان الزواج تجريبيا خالصاً ، بمعنى أن كلا من الزوجين له الحق فى فض العلاقة إذا شاء وبغير أن يبدى لذلك سبباً أو يطالب بالسبب . وعند قبيلة « بوشمن » يكفى أقل خلاف بين الزوجين لإنحلال الزوجية ولا يلبث

الزوجان أن يجد كل منهما زوجاً آخر » [١] .

كما عرفت هذه الجماعات البدائية ماعرف بزواج الجماعة ، بمعنى أن تتزوج طائفة من رجال ينتمون الي جماعة من طائفة من النساء تنتمين الي جماعة أخرى بحيث يكون الزواج جمعيا بين الطائفتين ، وهو ما أدى الى الشيوعية الجنسية بين الفريقين بحيث يصعب معه تحديد نسب الأولاد .

وبالأضافة الى ذلك فإنهم كانوا يمارسون عادة تعدد الأزواج للزوجة الواحدة ، كما هو الحال في قبيلة « تودا » وبعض قبائل التبت نظراً لزيادة عدد الرجال على عدد النساء زيادة كبيرة . وتارة أخرى يمارسون عادة تعدد الزوجات وذلك حينما يزداد عدد النساء على عدد الرجال زيادة كبيرة . وقد ساعد علي إنتشار هذا النوع من الزواج عدة أسباب ، : أن حياة الرجال فى المجتمع البدائي كانت أشد عنفاً وأكثر تعرضاً للخطر بسبب إضطلاعهم بالصيد والقتال ، ولذا زاد الموت في الرجال عليه فى النساء . وإطراد الزيادة فى عدد النساء يضع أمام المرأة خيار من إثنين : فإما تعدد الزوجات للرجل الواحد وإما عزوبة عقيمة ليس عنها محيض للنساء . ولما كانت المرأة العانس والعقيم ينظر اليها نظرة إزدراء نتيجة لإحتياج هذه المجتمعات الى الأولاد من الذكور ، فكانت تجنح الى الأختيار الأول ، وهذا ما أدى الى

---

(١) أنظر : قصة الحضارة - المجلد الأول - ص ٦٨ .

إنتشار ظاهرة تعدد الزوجات [١] .

كما عرفت هذه المجتمعات نوعاً آخر من الزواج إقتضه الظروف التى كانت تحياها هذه المجتمعات ، تتمثل في الحروب والغزوات التى كانت تخوضها القبائل البدائية دفعاً عن نفسها هو **زواج الأختطاق أو السبى** ، وهو زواج يعتمد علي زواج الخاطف بمن خطفها . وكانت وسيلة الخطف مصد أساسى للزواج قديماً .

ومما تجد الإشارة اليه أن بعض الباحثين قد إعتبروا أن الإختطاق يمثل الطريقة العادية للزواج فى بدايات التاريخ الإنساني ، ولكن يرد عليهم بأن الأختطاق لم يكن الوسيلة العادية للحصول على زوجة ، وإنما كان وسيلة تبررها ظروف الحروب والغزوات التى كانت تؤدى الى استيلاء الجماعات المنتصرة علي بعض نساء الجماعات المهزومة ، من الطبيعى أن يتخذ الرجل من المرأة التى إختطفها زوجة له [٢] .

وفى نهاية هذه المرحلة عرف نوعاً آخر من الزواج هو **الزواج بالشراء** ، ويعتمد هذا النظام على أن يدفع الزوج لوالد العروس هدية

---

(١) أنظر : قصة الحضارة - المجلد الأول ، ص ٧٠ ، د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٥٠ ، د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ١٢ .

(٢) د./ محمود سلام زناتي - تاريخ النظم الأجتماعية والقانونية ، جـ ١ - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٣١ ومابعدها ، د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ٣٧ ، قصة الحضارة - المجلد الأول - ص ٧٤ .

ثمينة أو مبلغاً من المال ثمناً لأبنته ، بدلا من أن يخاطر بما عسى أن يترتب على اغتصابها من قتال وإراقة للدماء ، ونتيجة ذلك أن أصبح الزواج بالشراء تحت إشراف الوالدين هو القاعدة السائدة فى المجتمعات الأولى . وهذا النظام جاء نتيجة للتطور الطبيعى لنظام الأسرة الأبوية لأن الوالد يملك إبنته وفى وسعه أن يتصرف فيها بما يراه مناسباً لايحد حقه في هذه الا حدود ضئيلة .

– وفى النهاية نستطيع أن نقول على وجه التعميم أن أنظمة الزواج التي سادت هذه الفترة كانت نتيجة للظروف التى سادت هذه المجتمعات . ولهذا كانت تختلف فلسفتها عن فلسفة الزواج فى العصور التالية إذ كان البدائى يمارس أموره الجنسيه بروح فلسفية لايكاد يزيد عن الحيوان فيما يساوره من قلق ميتافيزيقى أو دينى . فلا يفكر فى أمر الزواج بينه وبين نفسه . بل أن الأمر عنده طبيعى . فالزواج لا يختلف كثيراً عن الطعام والشراب لديه . فليس فى الزواج عنده شيئ من التقديس ، بل هو فى رأيه عملية تجارية صريحة ، لابد أن يدر من ورائها كسب ، سواء من أجل إنجاب الذكور للدفاع عن القبيلة ، أو للكسب الأقتصادى من وراءها .

٢ - **القرابة والنسب :-**

كانت القاعدة الشائعة فى المجتمعات القديمة ، كما هو الحال فى القوانين الحديثة « أن الولد للفراش » فلا ينسب الوالد الى أبيه إلا أذا كان نتاجاً لزواج شرعى . فإذا نتج عن غير ذلك بأن كان وليد الحظايا

والسرارى أو ثمرة نزوة عارضة أم ولد زنا فإنه ينسب فى هذه الأحوال الى أمه . ونسب الأولاد الى الأم فى ظل تلك الفترة كان وليد الظروف المختلفة للمجتمع البدائى ، حيث كانت العلاقات الجنسية غير مستقرة بحيث لم يكن يسيراً على الأم أن تحدد لكل طفل أباه ، ولذلك فإنها قلما كانت تبحث عمن يكون والد طفلها ، بل كانت تعتبر أن الطفل طفلها هى وهى وطفلها تنتمى الى أسرة أبيها أو أخيها والى القبيلة [١] . ولهذا فكانت الأنساب يقتفى أثرها من جانب الإناث ، والتوريث كان عن طريق الأم ، حتى حق الفرش كان يهبط أحياناً الى الوارث عن طريق الأم لا عن طريق الزوج .

– ولما ساد نظام الأسرة الأبوية ، ثم نسب الأطفال الشرعيين الى أبيهم وأقارب أبيهم دون أية علاقة بأقارب الأم ، وذلك لأن القرابة الشرعية فى ظل هذا النظام قد قامت فى بادئ الأمر ، بين فروع الذكور ، وليس على صلة الدم . وظل هذا الوضع لفترة طويلة من الزمن حتى إتصل الولد الشرعى بأقارب أمه [٢] .

٣ - مكانة الرجل فى المجتمع البدائي :-

على الرغم من شيوع نظام الأسرة الأمية ، ونسب الأولاد الى أمهم فى هذه المجتمعات البدائية ، إلا أن السيادة كانت للرجل ، إذ أن

---

(١) أنظر : قصة الحضارة – المرجع السابشق – ص ٥٨ .

(٢) د./ عمر ممدوح – المرجع السابق – ص. ٤٥ .

مكانته فى ذلك العهد كانت تتحدد بمدى قدرته على حمل السلاح والدفاع عن القبيلة . وهو المضمار الذى لاتستطيع المرأة أن تلاحق فيه الرجل ، ولهذا فكانت تعد فى منزلة أوفى من منزلة الرجل فى كثير من الجماعات ، ومساوية له فى بعض الجماعات الأخرى (١) .

وإذا كان التوارث فى ظل هذا العهد كان يتم من جهة الأم ، فإن هذا كان لا يعني سيطرة المرأة على الرجل ، لأنه حتى وإن ورثت الأم أبناءها فليس لها على ملكها هذا الذى تورثه إلا قليل من السلطان ، وكل مافى الأمر أن الأم كانت وسيلة لتعقب الأنساب ، لأنه لولا ذلك لأدى إهمال الناس عندئذ فى العلاقات الجنسية وإباحيتهم إلى أنبهام معالم القربى (٢) .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٥١ .

(٢) قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ٥٩ .

المبحث الثانى

نظـــــــام الملكيـــــــــة

لما كانت الحياة فى المجتمعات البدائية تقوم على الترحال والأنتقال من مكان الى آخر بحثاً عن أسباب الحياة ووسائل العيش ، فإن فكرة الملكية – كما نعرفها فى العصر الحديث – باعتبارها حق عينى يكفل للمالك سلطة مباشرة مع الشئ محل الملكية ، وتعطيه حق الإستعمال والإستغلال والتصرف فى الشئ محل الملكية ، لم تكن معروفة فى المجتمعات البدائية .

ولذلك فكانت الملكية محصورة – فى الأعم الأغلب – فى حدود الأشياء الذى يستخدمها المالك لشخصه ، مثل الأدوات اللازمة له فى الصيد ، والأغنام والمواشى التى كان يرعاها ، وأدوات زينته الشخصية وسلاحه ، فالملكية كانت لاترد إلا على المنقول .

وفى مثل هذه الظروف ، فان فكرة الملكية العقارية للأرض وإمكان إنتقالها من شخص الى آخر ، كانت بعيدة عن ذهنهم فى مرحلة الصيد والرعى ، ولهذا فكانت تسود ملكية الجماعة بأسرها للأرض الذين يقيمون عليها ، فالقبيلة مثلاً كانت تملك الأرض جماعة ويحرثونها جماعة ويقتسمون الثمار جماعة ، وفى ذلك قال هنود أوماها « أن الأرض كالماء والهواء لا يمكن أن تباع »[١] .

---

(١) قصة الحضارة – المرجع السابق – ص ٣١ ، حيث قد ورد الحديث باستفاضه عن نظام الشيوعية الذى كان سائداً فى ظل هذه الفترة بين القبائل المختلفة حتى فى

كما أن تفكير الأفراد فى ظل هذه المرحلة لم يكن قد وصل الى درجة من الرقى تمكنه من التفرقة بين مفهوم الملكية والحيازة للأرض، ولذلك ظلت الحيازة هى المفهوم الأقرب لتفكيرهم البدائى حتى تعلم الإنسان الزراعة [١] .

حيث شعر الإنسان بضرورة الإستئثار بالأرض وتأمين مستقبل الجماعة فى الأوقات الطويلة اللازمة لنضج المحصولات الزراعية . وكان نتيجة ظهور ذلك ظهور الملكية الجماعية ، حيث كانت الأرض مملوكة للعشائر يقسمونها بين الأسر من وقت لآخر لتقوم كل منها باستغلالها لمدة مؤقتة مع بقاء الملكية لمجموع العشيرة .

ثم تحولت ملكية الجماعة الى ملكية الأسرة بتأثير عبادة الأسلاف والتقاليد الدينية التي كانت تقضى بدفن الموتى فى الأرض ومايتبع ذلك من عدم إنتقالها من أسرة الى أسره . ولما كان رب الأسرة هو المسيطر

الأشياء الشخصية ، ونسوق لبعض الأمثلة التى توضح ذلك . فالأسكيمو كانوا لايرون للصائد حقاً شخصياً فى امتلاك صيده بل يلزم توزيعه على أهل القرية جميعاً ، وكانت الالات والمخزون من الطعام ملكاً مشاعاً بين الجميع ، أما هنود أمريكا الشمالية لايعرفون من فوارق الملكية شيئاً سوى الأدوات المنزلية » ، ص ٣٣ .

(١) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ٢٩ ، قصة الحضارة - ص ٣٥ .

على شئونها ، فإنه كان يختص بملكية الأرض التى كانت من نصيب الأسوة بإعتباره ممثلاً لها ، وأصبح هذا النصيب ينتقل من رب أسرة الى آخــر عن طــريق الإرث فتحولت بذلك ملكية الأسرة الي ملكية فردية (١) .

المبحث الثالث

نظـــــام الحكـــــم

أن نظام الدولة بمعناها المعروف فى العصــر الحـديث لم يكن معروفا فى المجتمعان البدائية ، بل كان الأفراد ينتظمون فى جماعات يختلف عددها باختلاف الجماعات ، وهذه الجماعات كونت أول تنظيم لها تحت مايسمى بالقبيلة (١) . ونقصد بالقبيلة جماعة من أسرات ترتبط بأواصر القربى ، وتشغل بقعة من الأرض على سبيل الشيوع ولها

---

(١) د./ عمر ممدوح ، المرجع السابق - ص ٤٨ ومابعدها ، أيضاً قصة الحضارة - ص ٣٥ ومابعدها حيث يتضح مدى التطور الذى لحق بنظام الملكية فى هذه المجتمعات حتى وصلت الي الملكية الفردية الخاصة .

(٢) هناك من يرى أن الأسرة الأبوية كانت هى الوحدة السياسية الأولى ، ثم إندمج عدد من الأسر الأبوية وكونوا عشيرة ثم اندمج عدد من العشائر وكونوا قبيلة - ولكن هذا الرأى يجافى النظام الطبيعي للتطور ، حيث أن الأسرة الأبوية لم تظهر الا فى عهود حديثة نسبياً ، وأن الأسرة الأمية سبقتها فى الوجود ... الخ - د./ صوفى أبو صالب - المرجع السابق - ص ٥٢ .

طوطم مشترك وتحكمها حكومة معينه وفق قوانين معينة ، فإذا ما إتحدث عدة قبائل تحت رئيس واحد تكونت بذلك العشيرة . إذ أن العشيرة تعد الخطوة الثانية نحو تكوين الدولة .

وقد يتخيل البعض أن المجتمعات القديمة لم تعرف فكرة نظام الحكم ، وهو مايتنافى مع فكرة وجود مجتمع إنسانى إذ أن أى مجتمع إنســـانى لابد أن ينقسم الى حكام ومحكومين أياً كان الشكل الذى يأخذه ، وأياً كانت طريقة إختيار الحكام ومدى السلطة التى يتمتعون بها ، فإذا كان المجتمع يأخذ شكل الأسرة فإن رب الأسرة هو الحاكم وأفراد الأسرة هم المحكومين وإن كان المجتمع يأخذ شكل القبيلة أو العشيرة فإن شيخ القبيلة أو العشيرة هو الحاكم وسائر الأفراد هم المحكومون [١] .

أما من ناحية إختيار الرئيس أو الحاكم فإن الحروب أحيانا قد تخلق الرئيس وتخلق الملك ، حيث أنه عند نشوب القتال كان يتم إختيار أشجع المقاتلين فيولونه القيادة ويطيعونه طاعة عمياء ، وحتى إذا ما فرغوا من القتال نزعوه وأرجعوه الى عمله السابق . أما فى فترات السلم فقد كانت السلطة والنفوذ للكاهن أو رئيس السحرة [٢] .

---

(١) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ٣٠

(٢) قصة الحضارة ، المرجع السابق - ص ٤١ .

ولما تطور نظام الحكم وأصبحت الملكية هى الصورة المألوفة لدى أغلب القبائل ، بدأ يتم إختيار رئيس القبيلة أو العشيرة من بين أفرادها ، ليتولى إدارة شئونها ، بمعاونة مجلس يتكون من شيوخ العشائر أو أرباب الأسر المكونة للقبيلة . وعادة مايتم إختيار شيخ القبيلة أو العشيرة علي أساس السن بحيث يتولى الرئاسة من هو أكبر سناً أو يتم اختياره على أساس القوة والشجاعة .

أما عن وظيفة شيخ القبيلة أو العشيرة فإنه كان يتولى تقسيم العمل بين أفراد الجماعة ، ويتولى إختيار الأماكن التى تنزل بها القبيلة أو العشيرة . كما أنه يتولى عقاب الخارجين على أعرافها وتقاليدها. وفى مقابل ذلك كان يحصل شيخ القبيلة أو العشيرة علي نصيب أكبر من الغنائم ، كما كان يتلقى بعض الهدايا من أفراد الجماعة أو من غيرهم .

المبحث الرابع

نظـــام العقوبـــات

لما كانت القوة هى الطابع الغالب علي هذه المرحلة ، فإن مظاهرها قد إنعكست علي نوعية العقوبات التى كانت تطبق فى ظل هذه المرحلة . فقد ساد الإنتقام بإعتباره وسيلة توقيع العقوبات ، وكان فرديا أى يتولاه الأفراد بأنفسهم دون أن تكون هناك سلطة تختص بتوقيعه نيابة عنهم . ولذلك سمى هذا العصر بعصر الأنتقام الفردى أو القضاء الخاص .

– وإذا ما أردنا الحديث عن أنواع القعوبات ، فإننا نميز بين نوعين من العقاب : **العقاب الأول** : يقع داخل الجماعة وذلك فى حالة ما إذا إعتدى أى فرد من أفراد الجماعة على آخر من نفس جماعته أو على الجماعة برمتها .

والنوع الثانى : يقع خارج الجماعة أى عندما يكون المعتدى فرداً أجنبياً عن الجماعة المعتدى عليها . واليك الحديث عن هذين النوعين : –

أ- العقاب داخل الجماعة :-

أن الجرائم التي تقع داخل الجماعة قد تكون جرائم خاصة ، أى تقع على الفرد نفسه كالضرب أو الجرح أو القتل أو فى ماله كالسرقة أو الإتلاف . وقد تكون جرائم عامه ، أى تمس أمن وسلامة الجماعة بأسرها وليس فرداً منها علي وجه التحديد ، ومن أمثلتها مخالفة نظام الزواج أو اشعال حريق .

وفى **النوع الأول** من الجرائم يترك للفرد أمر توقيع العقاب لنفسه . فهو الذى يقدر درجة ماوقع عليه من عدوان ومقدار العقوبة الواجب عليه إنزالها بالمعتدى ، ولذلك تجد الرجل من البدائيين يقول : « أن الثأر تأرى وسأرد عن نفسي مالحق بى » (١).

أما فيما يتعلق **بالنوع الثانى** من الجرائم وهو الجرائم العامة ، فإن شيخ القبيلة هو الذى ينزل العقاب بالجانى سواءاً بنفسه أو بمعاونة غيره

---

(١) قصة الحضارة – المرجع السابق – ص ٥٠ .

من شيوخ العسائر أو أرباب الأسر ويكون العقاب من القوة بحيث يبرز فيه طابع الإنتقام فيقومون بقتل الجانى أو فقأ عينه (١) .

ب - العقاب خارج الجماعة : -

حيث أن القوة كانت تعتبر هى السمة السائدة فى هذه المجتمعات، نظراً لأنها هى الوسيلة التى تحفظ للجماعة هيبتها ومكانتها ، فإنها أيضاً تلقى بظلالها على مايقع عليها من جرائم خارجية ، فأفراد هذه الجماعة كانوا يهبوا للدفاع عن الجماعة من أى أعتداء يقع عليها ، ويحاولون الإنتقام من أى فرد لاينتمى اليها ، حيث مارسوا فى هذا الوقت قتل كل من هو أجنبى عن الجماعة وإباحة دمه . ولذلك فإن روح الإنتقام التى سادت هذه المرحلة كان يمكن أن تؤدى الى سلسلة من روب بين الجماعات لأبسط الأسباب . إذ كل جماعة تريد أن تنتقم لما تعتبره عدوانا قد وقع عليها من أجنبى مهما كانت ضآلة العدوان . ولم تكن هناك حدود للإنتقام . فقد يتم الإنتقام من المعتدى ذاته أو من أى فرد ينتمى الى جماعته . بل أن هذا الإنتقام قد يمتد الى أموال المعتدى إن وجدت أو الى أموال الجماعة التى ينتمى اليها (٢) .

ولإتجاء الجماعات المختلفة الى إستخدام القوة فى حالة الإعتداءات الخارجية العديد من الأسباب : -

---

(١) د./ محمد الصافورى - المرجع السابق - ص ٣٢ .

(٢) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق ، ص ٣٣ .

أولاً : *عدم وجود سلطة عليا* : إذ أن كل جـمـاعـة من الجماعات كانت تكون وحدة مستقلة عن غيرها من الناحية السياسية ولم تكن هناك سلطة عليا تعترف بها الجماعات وتختص بالفصل فى الخصومات بين الأفراد الذين ينتمون الى جماعات مختلفة (١) .

ثانياً : عدم إحترام حقوق الزجانب عن الجماعة : حيث أن كل جماعة كانت تعتقد إنها أسمى من غيرها من الجماعات . فالهنود الحمد فى أمريكا مثلاً كانوا يعتبرون أنفسهم شعب الله المختار خلقه الروح الأعظم ليكون مثالاً يرتفع اليه البشر . ونتج عن ذلك أن الفرد كان يعتقد أن قواعد السلوك التى يسير عليها مقصوره على علاقته بغيره من أفراد جماعته . لذلك لم يكن الإعتداء على شخص الغير أو على ماله يشكل جريمة ، بل كان يعد مبعثاً للفخر والإعزاز ، بل كانت الجماعات تنشئ أفرادها على عدم احترام حقوق الجماعات الأخرى وتغرس فى نفوسهم منذ الصغر عادة الحرب والقتال ضد الجماعات الأخرى (٢).

ثالثاً : عدم التفرقة بين المنازعات المدنية والجنائية ، حيث أن استعمال القوة لم يكن مقصوراً على الأعمال التى نسميها فى العصر الحديث بالجرائم ، بل كان شاملاً لكل نزاع مدنياً كان أم جنائياً حيث أن هذه الجماعات البدائية لم تكن تعرف التفرقة بين القانون الجنائي

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٥٨ .

(٢) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦١ .

والقانون المدنى (بمعناه المعروف في العصر الحديث) ، فكل إعتداء على مايعتقده الشخص حقاً له يعتبر تعدياً عليه ومن ثم وجب عليه دفعه بالقوة سواء كان الإعتداء علي جسم الإنسان أو عرضه أو ماله .

– ومع التقدم الفكرى فى حياة المجتمعات البدائية أدركوا قيمة الفرد ، ومدى أهميته سواءاً من الناحية الإقتصادية أو العسكرية . فهو فى وقت الحرب أو الإعتداء على الجماعة من الخارج يهب للزود عنها . وفى حالة السلم يبحث عن أسباب العيش للجماعة ، وذلك بالأشتغال بالصيد أو الرعى أو الزراعة . فبدأو يفكرون فى المحافظة عليه ، وذلك بالتفكير فى الإلتجاء الى وسائل أخرى لفض ما ينشأ من منازعات بين الجماعات المختلفة ، أو بين أفراد تلك الجماعات ، فنشأت فكرة التصالح لتحل محل القوة فى فض هذه المنازعات وتراجعت القوة بحيث أصبحت وسيلة احتياطية لا يتم اللجوء اليها إلا إذا فشلت مساعى التصالح .

– ولقد أخذ التصالح صوراً متعددة أهمها التخلى عن المحرم والقصاص والديه . ونعرض لهذه الصور تباعاً : –

أولاً : خلع الجانى وتسليمه (التخلى عن المجرم) :

ويقصد بالتخلي عن الجانى طرده خارج الجماعة والتبرؤ منه . وجماعة الجانى هى التى تقوم بهذا لاعمل ، أى أنها هى التى توقع العقاب علي أحد أفرادها الذي يكون قد إرتكب جريمة فى حق الغير . وهذا النظام قد نشأ لدى بعض الشعوب القديمة للتخفيف من مسئولية

الأسرة أو العشيرة فى بعض حالات التضامن العائلى ، حيث كان يجوز لعشيرة المعتدى ، إذا لم تشأ دفع دية جريمته أو تحمل مسئولية إعتدائه أن تتبرأ منه وتتخلى عنه فيصبح بذلك واقعاً تحت رحمة عشيرة المجنى عليه تقتص منه كيفما شاءت [١].

أما تسليم الجانى فيقصد به قيام جماعة الجانى بتسليمه الى جماعة المجنى عليه كى يقوموا بتوقيع الجزاء الذى يرونه علي هذا الجانى ، وذلك إظهاراً لحسن النية وتحاشيها للإنتقام الذي قد يحدث لأى فرد من أفراد القبيلة حتى ولو كان غير الجانى ، ولذلك فإن تسليم الجانى كان يعتبر حلاً عقلانيا لإنهاء النزاع [٢] . ولذلك فقد سادت هذه الفكرة فى المجتمعات القديمة وإن اتخذت مسميات مختلفة ، فهذا النظام كان معروفاً لدى عرب الجاهلية بإسم « الخلع » . فكان للقبيلة أن تخلع الجانى من أعضائها في المجتمعات العامة فيصبح طريداً لا أسرة له ، وذلك لتنجوا من إنتقام قبيلة المجنى عليه . وكان معروفا لدى اليونان ، حيث كان طريد العشيرة يهرب منها مجرداً من ثيابه وأمواله . وكان معروفاً لدى القبائل السكسونية باسم « الخروج عن القانون » ، حيث كان يحرم حماية من يدخل فى عداد الخارجين على القانون وتنعدم تبعة قتله . وكان معروف أيضاً لدى الرومان باسم « التخلى عن مصدر

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابشق - ص ٥٢ .

(٢) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ٣٤ .

الضرر » ، وكان يشمل الحالات التى لايجوز فيها للمجنى عليه أن يطالب الجانى مباشره بدفع جريمته لانعدام دية الجانى المالية بسبب خضوعه لسلطة غيره ، وهى حالة الأبن وفروعه والبنت والزوجة التى تزوجت بالسياده : فكان علي رب الأسرة أن يسلم الجانى من هؤلاء للمجني عليه أذا لم يشاء دقع الغرامة المقدرة (١) .

ثانيـــاً : القصـــــاص :-

والقصاص يعد صورة من صور التصالح والتى تعكس لدرجة من درجات رقى التفكير البشرى ، إذ أنه ظهر متأخراً نسبياً عن نظام الخلع أو تسليم الجانى .

ويقصد بالقصاص .. إنزال عقوبة بالفاعل تماثل نفس الجرم

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٣ : حيث قد أشار الى المعانى المختلفة التى اتخذتها فكروة تسليم الجانى فى المجتمعان القديمة ، حيث إمتدت لتشمل تسليم مصدر الضرر حتى ولو كان حيواناً أو جماداً . وأوضح مدى تأثيرها علي القوانين الحديثة نسبياً مثل المجموعة المصرية لقانون التجارة البحرية التى تقرر اعفاء مالك السفينة من مسئولية الضرر الناشئ عنها بغير إرادته إذا تخلى عنها بشحنتها للغير المضرور » . والقانون الأنجليزى القديم الذى يوجب تسليم السلاح الذى إرتكبت به الجريمة الى أهل القتيل .

(٢) قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ٥١ - حيث أشار المؤلف الى مدى الدقة فى توقيع عقوبة القصاص بين أهل الحبشة بحيث إذا سقط صبى من أعلى الشجرة على زميله وقتله ، فإن القاضى يحكم بأن ترسل الأم الثكلى إبنا آخر من أبنائها ليسقط من أعلى الشجرة على عنق الصبى الذى إقترف الذنب لأول مره .

الذي إرتكبه ، فإن كان قد قتل أحد فيقتل ، وإن كان قد فقأ عين أحد تفقأ عينه ، وإن كسر ذراعاً كسرت ذراعه ، فالغرض من العقاب هنا هو إيلام الجانى بمثل ما ألم به المجنى عليه .

– وقد كان القصاص لدى الشعوب القديمة مبرراً للإنتقام الشخصى ، فإصبح فيها نظاماً قانونياً يتولاه المجنى عليه أو عشيرته على الجانى أو عشيرته ، ولكنه إنتقام منظم ، محدود بقدر الإعتداء [٢] ، بحيث يؤدى الى عدم الإسراف فى الأخذ بالثأر وما يترتب عليه من عدم التناسب بين الإعتداء والإنتقام . وهو مايحد من خطر الحروب بين القبائل .

وهذا النظام قد أثر فى معظم الشرائع القديمة . إذ نجده مقدراً فى الشرائع العبرية واليونانية والجرمانية والرومانية ، والشريعة الإسلامية .

ثالثاً: نظام الدية : –

والدية تعتبر خطوة نحو القانون والمدنية من حيث التصرف إزاء الجريمة . وهذا النظام يقضى بأن يدفع المعتدى أو عشيرته مبلغاً من المال للمعتدى عليه ثمناً للثأر وافتداءاً من العدوان . وهذا المبلغ يفوق عادة قيمة ما أصاب المجنى عليه من ضرر .

وهذا النظام كثيرا ما إستعمله رئيس الجماعه لكى يحافظ على حسن العلاقات بين أفراد جماعته ، ليحمل الأسره الراغبه فى الأخذ

بالثأر على أن تستبدل بالدم المطلوب ثمنا أو متاعا (١) .

وهذا النظام قد نشأ فى بادئ الأمر إختياريا يتفق الطرفان على مقدار البدل وعلى آدائه لتفادى التجاء الخصمين إلى القوه فلا يلزم به المعتدى إذا رفض الصلح لوثوقه من قوته ولا يلزم المجنى عليه بقبوله إذا فضل الأخذ بالثآر والإنتقام من غريمه (٢) .

ثم صارت بعد ذلك إجبارياً يلزم الجانى بآداءها والمجنى عليه بقبولها والإكتفاء بها بدلا من الثأر .

كما تم تحديد « تعريفه » قانونيه تحدد كم من امال ينبغى أن يدفع ثمنا للعين وكم للسن ، وكم للزراع ، وكم للحيـاه ، وذلك فى حالات الجرائم غير العمدية .

والعقوبات التى كانت تقدر في حالة التعويض ، كانت تختلف بإختلاف جنس المعتدى والمعتدى عليه وعمره ومنزلته ، ففداحة الجريمه كانت دائما تقل بعلو منزلة المجرم . إذ كان الفيجيون مثلا ، يعتبرون السرقه الخفيفه الذى يأتيها إنسان من سواد الناس أشنع إجراماً من القتل الذى يقترفه الرئيس (٣) .

---

(١) قصه الحضاره - جـ ١ - المرجع السابق - ص ٥١ .

(٢) د / عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٢

(٣) قصة الحضاره - جـ ١ - المرجع السابق - ص ٥١ .

د - طــرق الاثبـــات :

فى كل صور العقاب السابقه سوء داخل الجماعة أو خارجها كان الجانى والمجنى عليه معروفا ، ولكن ما الحلُ إذا كان الجانى مجهولا ؟ أو إرتكب جريمة بعيداً عن أعين أفراد الجماعة ؟ هل تسقط هذه الجريمه وتصبح قيد المجهول أم كان هناك وسائل لإثبات هذه الجريمه المجهوله ؟

أن هذه المجتمعات لم تعرف أجهزه التحقيق مثل البوليس والنيابة العامه ، اللذان يتوليان أمر البحث عن الجانى وتقديمه للمحاكمه . ولذلك فقد تركت هذه المهمه لذوى الشأن الذين يستهدفون وضع حداً للنزاع بدلا من ترك الأمر للإنتقام غير المحدود .

ولهذا فقد استخدمت هذه المجتمعات وسائل أثبات تتناسب ومرحلة القوة ، ولقد تركزت هذه الوسائل فى المبارزة والمصادفه والمحنه .

وفيما يتعلق بالمبارزة فإنها كانت تتم فى صورة عراك يجرى على مرأى من الناس بين المتخاصمين ، وكان هذا العراك يختلف فى مدى إراقته للدماء ، من مبارة فى الملاكمة لا يترتب عليها شئ من الأذى كما هى الحال بين الإسكيمو الحكماء ، إلى مبارزة تنتهى بالموت .

– أما المصادفة فكائنت تفتضى إحكام ذوو الشأن إلي إتجاه الطير أثناء طيرانه أو إلي حركة الحشرات فإن إتجهت يساراً فيكون

ذلك دليل إدانته ويوقع الجزاء بناءاً علي ذلك الشخص المتهم (١) .

- أما المحنه فقد لجأ إليها البدائيوان لفض مشاكلهم ، غير أنهم لم يقيموها على أساس النظريه التي سادت في القرون الوسطى بأن الله سيكشف عن المجرم عن طريق المحنه بقدر ما أقاموها لى أساس من أمل بأن المحنه مهما بلغت من بعدها عن العدل ، ستختم نزاعا قد تضرب له القبيلة أجيالا عده إذا لم يلجأ فضه إلى المحنه (٢).

وتعتمد المحنه كوسيله للإثبات على تعريض المهتم لإختيار من نوع معين إذا إجتازه إعتد ذلك دليل براءاته ، أما إذا لم يجتزه يكون ذلك دليل إدانته ويوقع عليه فى هذه الحاله الجزاء . ومن أمثلة هذه الإختيارات أن يطلب من المتَّهمَ والمتَّهمَ الإختيار من بين صفيحتين مملؤتين بالطعام إحداهما مسموعه . فمن يقع إختيار على الصحيفه المسمومة عدا متهما حتى ولو كان بريئا وينزل به العقاب . كذلك من هذه الأمثله أن يلقي المتهم في النهر فإن تعرض للغرق كان ذلك دليل إدانته وإذا نجا من الغرق كان دليل برائته أو أنْ يقذف به في النار فإن إحترق إعتبر مذنبا ، أما إن لم تمسه النار بسؤ كان ذلك دليلا على برائته من التهمه الموجه إليه ، ، أو يطلب إلى المتهم أن يعمد

(١) د / محمد علي الصافورى - المرجع السابق - ص ٣٧ .

(٢) قصة الحضاره - جـ ١ - ص ٥٢ .

للرماح يقذف بها متهموه ، فإذا أخطأته الرماح جميعا أعلنت براءته ، أما إذا أصابه ولو رمح واحد حكم بإدانته وفض الخلاف [١] .

(٣) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ٣٧ ، قصة الحض جـ١ - ص ٥٢ .

الفصل الثانى

مصادر الحق والقانون

« القوة تنشئ الحق وتحميه »

ان القانون بمعناه المعروف لنا اليوم « مجموعة القواعد القانونيه التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع » لم يظهر فى العهود الأولى من تاريخ البشريه ، إذ يأتي القانون دائما مصاحباً للملكية والزواج والحكومة . ولذلك نجد أن القانون والحق في ظل هذه الفترة لم يتعدي حدود المشاعر دون الأفكار ، حيث أن الفرد أو الجماعة هو الذي يقدر مايشعر بأنه حق له وهو الذي يقدر مايمكن إعتباره مساساً وعدواناً علي حق الغير ، وهو الذي يحدد مقدار الجزاء . فهذه المجتمعات كانت تدبر أمرها بغير قانون ، معتمدة فقط علي مبدأ القوة التي كان لا يستهدف تحقيق العدالة بين أفراد الجماعة وبعضهم البعض أو بين الجماعات المختلفة بقدر ماكان يستهدف فقط الجماعة وضمان بقائها

وقد عبر عن تلك الظاهرة التي مازالت تسود الجماعات البدائية فى العصر الحديث أحد العلماء المهتمين بدراسة حالة المجتمعات البدائية بقوله « لقد عشت مع جماعات الهمج في أمريكا الجنوبية وفي الشرق . ولم أجد بينهم قانون ولا محاكم سوي الرأى العام الذي يعد عند اهل القرية تعبيراً حراً ، فكل إنسان يحترم حقوق زملائه احتراما دقيقاً ، فالإعتداء على هذه الحقوق يندر أو يستحيل ، أن الناس جميعاً فى مثل هذه الجماعات متساوون تقريباً » (١) . وكتب آخر يقول « أثناء وجودي بين قبيلة « التايبي » لم يقدم أحد قط

(١) قصة الحضارة - جـ ١ - ص ١٨ .

للمحاكمة بتهمة الإعتداء علي غيره من الناس وسار كل شئ في الواد سيراً هادئاً متسقاً علي صوره لاتجد لها مثيلاً في الجماعات المسيحية مهما إنتقيت منها خيرها وأصفاها وأتقاها وأن فى هذا القول مني لجرأه استبيحها لأنه قول الصدق » [١] .

– وهذه المقولات إن دلت فإنما تدل علي أن المجتمعات البدائية قد عرفت النظام إلا أن ظروفها الإجتماعية والإقتصادية والسياسية كانت مختلفة تماماً عن المجتمع الحديث لذلك إستوى نظامها بطريق مغاير . ففي العهود الأولي كان الأمر متروكاً للقوة المجردة من أي أساس للحق . ومن ثم لم يكن هناك مكان للضعيف بينهم . وحينما ظهرت الزراعة وبدأت الناس تستقر في جماعات تأخذ صورة القبيلة أو العشيرة ، بدأت تظهر مجموعة من العادات والتقاليد أملتها الضرورة وظروف الحياة نظمت إستعمال القوة وحدت منها في بعض الحالات ، ومع تكرارها خلع الناس عليها هالة من الإحترام والتقديس [٢] .

– آية ماتقدم أن المجتمع في ظل العصور البدائية كان مجتمع فطري بالدرجة الأولي لم يصل بعد إلي درجة المجتمع المنظم إدارياً ،

---

(١) قصة الحضارة – جـ ١ – ص ١٨ .

(٢) د./ صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ٥٦ .

بل كـان يجـهل فكرة النظام ذاتهـا ، وإنما تسـيـر الأمـور فـيـه سـيـراً تلقائياً وفقاً لمقتضيات الطبيعة دون أن يكون لإرادته دخل فيها فقد لجأ الي العيش في جماعة مع غيره من بنى جنسه للحفاظ علي بقاءه من الأخطار الذي يتعرض لها مستنداً في تحديد حقه والحفاظ عليه إلى مـبـدأ القــــوة ، باعـتـبـارهـا القـانون الذي كـان يحكم هذه المجتمعات .

أن استخدام القوة كأساس للحق والقانون قد أثرت علي كثير من التشريعات القديمة .

إذ إحتفظت كثير من الشرائع القديمة ببعض النظم التي يرجع أصلها الي عهد القوة ، حيث تعد القوة مصدراً لبعض الحقوق ووسيلة لحمـايتـهـا ، مثل القـانون الرومـاني ، كمـا أننا نجد لحكم القـوة أثراً واضحاً في النظم القضائية لبعض الشعوب الأخرى مثل الشعوب الجرمانية . وهذا ما نوضح له من خلال المبحثين الاتيين :

المبحث الأول

فى القانون الرومانى

تعد القوة في القانون الروماني مصدراً لبعض الحقوق مثل الملكية والرق ، وتعد من ناحية أخري وسيلة لحمايتها مثل دعوى القاء اليد ، ودعوى أخذ رهينة ، ودعوى الرهان أو القسم وعقد القرض . وهذا مانعرض له من خلال المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول

القوة مصدراً لإكتساب الحق

ويظهر ذلك فى النظم الآتية : -

١ - نظام الملكية :-

قد تكتسب الملكية في القانون الروماني عن طريق مالكها السابق ، وقد تكتسب علي مال مباح أو غير مملوك لأحد . وطرق إكتساب الملكية من النوع الأول تسمي طرق ناقلة للملكية ، وهي تنقل ملكية الشئ بما عليه من الحقوق العينية المقدرة في عهد المالك السابق . وطرق النوع الثاني تسمي بالطرق المنشأة وهي تكسب الملكية خالية من أى حق عليها لغير المالك (١) .

وإذا نظرنا الي الطرق الناقلة للملكية في القانون الروماني سنجد أنها لم تظهر الا فى وقت متأخر نسبياً . وإعتمد نقل الملكية في العصور المتقدمة للقانون الروماني علي الطرق المنشأة للملكية والتى كانت تقوم لدي الرومان على أساس القوة . والطرق المنشئة للملكية في القانون الروماني تجد أساسها في مبدأ القوة سواء كان الإستيلاء أو التنويع أو التعبير والإضافة أو إكتساب الثمار . فالأستيلاء علي سبيل المثال يستلزم وضع اليد علي مال غير مملوك لأحد بنية تملكه ، مثل الإستيلاء علي الجزر التي تتكون في عرض البحر بفعل الطبيعة

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - القانون الرومانى - دار المعارف - سنة ١٩٦٥ - الطبعة الخامسة - ص ٣١٤ .

أو الأستيلاء علي الحيوانات المتوحشة أو الأستيلاء علي غنائم الحرب ومال الأعداء . وهذا مايعني أن الملكية هي ما يأخذه الشخص بيده ، وهو مايعنى أن إنتقال الملكية يقوم على أساس إرادة مكتسب الملكية وحدها دون تدخل أي إرادة أخري . وهناك الكثير من الدلائل التي تشير الي إكتساب الملكية استناداً الي القوة ، منها ما أشار اليه الفقيه جايوس في كتابه النظم بصدد دعوي الإسترداد ، إذ يقول -(.. وكانوا يستخدمون العصا إشارة الي الرمح التي كان يرمز الي الملكية المكتسبة بطريقة أكيده ، لأنهم كانوا يعتبرون أن أكثر أنواع الملكية ضماناً وتوكيداً هي التي غنموها من الأعداء. وهذا هو السبب الذي كانوا من أجله يثبتون رمحاً في الأرض أمام دار المحكمة » (١) .

ب- الــــــزواج :-

كان الزواج يقوم لدى الرومان في العصور الأولي على أساس القوة ، فالزوج كان ينتزع زوجته من بين أقاربها ثم أصبح يقوم بتمثيل إنتزاعها . وهذا كان يظهر بوضوح في نظام الزواج بالسياده ، حيث كان الزواج يعطي للزوج سلطة كاملة علي زوجته . وتظهر القوة أيضاً فى نظام الزواج بطريق المعاشرة حيث كان يكتسب الزوج السيادة الزوجية علي زوجته بوضع يده عليها مدة من

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٥ ، ٦٦ .

الزمن مثل إكتساب الملكية علي المال بمضى المدة أو التقادم . فمن عاشر زوجته التي تزوجها بغير طريق الزواج الديني أو الزواج بالشراء سنة كاملة يكتسب السيادة عليها وتصبح زوجته عضواً فى الأسوة في مرتبة بناتها (١) .

(جـ) - الـــرق :-

إن حياة الجماعات القديمة قد قامت علي سلسلة من الحروب ، كانت تنتهي دائما بالأسر من قبل الجماعات المتحاربة . وكانت هذه الجماعات تقوم بقتل الأسري نظراً لعدم القدوة علي تقديم أسباب العيش لهم . ولما عرفت هذه الجماعات نظام الزراعة وتربية الماشية فضلت إبقاء الأسرة علي قيد الحياة ورستخدامهم كأيدي عامله يستفيدون بها في الزراعة وتربية الماشية . فنشأ بذلك نظام الأسترقاق والتملك بالنسبة للأسري ، وهذا مايعكس لمبدأ القوة بإعتباره أساساً للرق .

المطلب الثاني

القوة وسيلة لحماية الحق في القانون الروماني

لم يقف دور القوة في القانون الروماني عند إنشاء الحقوق ، ولكن إستخدمت القوة لحماية الحقوق . وهذه الحماية كانت تعتمد

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى - القانون الرومانى - المرجع السابق - ص ١٩٧ .

علي قيام الشخص بإقتضاء حقه بنفسه سواء بالأستيلاء على شخص مدينه أو علي ماله وذلك من خلال مجموعة من الدعاوي والعقود ، التي يتمكن من خلالها الشخص من اقتضاء حقه . ونعرض لها على التوالى :-

أ- دعوى القاء اليد :-

وهذه الدعوى تعد دعوى تنفيذية كانت تقع علي جسم المدين الذي حكم عليه بمبلغ من النقود أو الذي إعترف بدين الدائن أمام الحاكم القضائي . وبمقتضاها كان للدائن أن يقضي على مدينه ويأخذه الى بيته حيث يسجنه فيه مقيداً بالسلاسل » [١] . وإذا نظرنا الي طبيعة هذه الدعوى سنجد أنها يغلب عليها طابع الأنتقام الخاص ، حيث أنها تمكن الدائن من بيعه كرقيق خارج روما وفاءاً لدينه زو الإحتفاظ به عنده لإستخدامه والإنتفاع بعمله ، أو قتله إرضاء لشهوة نفسه وإنتقاماً منه لحرمانه من حقه . فالقانون قد وضع المدين تحت رحمة دائنه ، ولهذا الأخير أن يختار الوسيلة المناسبة له في الإنتقام من مدينه .

ب - دعوى اخذ رهينة :-

وهذه الدعوى تخول للدائن الحق في الأستيلاء علي مال من أموال مدينه وحجزه عنده كرهينة ، دون حاجة الي تدخل من جانب الحاكم القضائى أو استصدار حكم قضائي [٢] .

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - المرجع السابق - ص ٥٦ .

(٢) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٨ .

وهذه الدعوي أيضاً يغلب عليها طابع الإنتقام الخاص لأنها تخول لصاحب الحق أيضاً أن يقتل مدينه وأن يأخذ حقه بيده .

ومن الأمثلة التي يمكن أن تستخدم فيها هذه الدعوي حصول المجندين علي مرتباتهم وعلف دوابهم من الأشخاص المكلفين بذلك ، وحصول الملتزمين بسداد الضرائب عليها من الممولين . وكذلك حالة الشخص الذي يشتري حيواناً لتقديمه قرباناً للآلهة دون أن يكون قد دفع ثمنه ، إذ يجوز للبائع في هذه الحالة الإستيلاء علي بعض أموال المشتري وحجزها لديه حتى يقبض الثمن (١) .

جـ - دعوي الرهان أو القسم :-

وفى اجراءات هذه الدعوى يظهر أثر القوة أيضاً حيث كان يحضر الطرفان المتنازعان أمام الحاكم القضائى ومعهما الشئ المتنازع عليه أو مايرمز اليه ، ويدعي كلاً منهما ملكية الشئ محل النزاع مشيراً اليه بعصا رفيعه ، وشاهرها في وجه خصمه كما لو كان يتخذ أهبته للطعن والنزال ويلمس بها الشئ المتنازع عليه ليؤكد بذلك أنه مملوك له . ولا شك أن هذه العصا التى كان يحملها من الخصمين إن هي إلا رمز للحرب التي كانت فى العهد البدائي فيصلاً لكل نزاع (٢) .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٨ .

(٢) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٦ .

د- عقد القرض :-

إذا لم يفي المدين بالتزاماته فى عقد القرض كان للدائن أن يستولي علي شخصه ، وأن يأخذه ويغله ويذيقه أنواع العذاب ، ويقيده بالسلاسل ويرمي به الى سجنه الخاص . وهذا أيضاً ما يعد أثراً لمبدز القوة الذي ساد في العصور الأولي للقانون الروماني .

المبحث الثانى

أثر القوة في قوانين الشعوب الأخري

إذا كان القانون الروماني قد إحتفظ بين دفتيه ببعض مظاهر القوة كما اتضح لنا من قبل ، فإن هناك من قوانين الشعوب الأخري ما تأثر بمبدأ القوة ، ومن أمثلة هذه القوانين القوانين الجرمانية ، ، إذ نجد لحكم القوة أثراً واضحاً في نظمها القضائية . إذ أن اجراءات التقاضى قد قامت لدي هذه الشعوب علي نظام المبارزة ، وهو مايعد التجاءاً صريحاً لحكم القوة . جيث كانت المبارزة في بادئ الأمر حرباً حقيقية عامه علي العشيرتين ، ثم أصبحت قاصرة علي الطرفين المتنازعين يحكم فيها بالحق لمن كان النصر حليفه (١).

ومن قبيل ذلك أيضاً القانون الذي كان مطبقاً في أثينا قبل صدور قانون صولـــون والذي كان يبيح للدائن أن ينفذ علي شخص المدين الذي لم يفي بدينه سواءاً ببيعه أو بقتله (٢) . ومنها أيضاً ما كان سائداً في مصر في عهد البطالمة حيث كان للدائن أن ينفذ علي

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٥٧ .

(٢) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٩ .

جسم المدين أو علي أمواله . وما نص عليه قانون جموارابي من إعطاء الدائن حق الأستيلاء علي شخص المدين وحبسه في سجنه الخاص . والقانون اليهودي يبيح للدائن أن يسترق مدينه المعسر .

الفصل الثاني

إستمرار القوة كأساس للقانون

في الشرائع الحديثة

إذا كانت الدولة تتولي التنظيم القانوني في المجتمع في العصر الحديث عن طريق سلطتها التشريعية ، وتطبيقه من خلال سلطتها القضائية ، وتقوم علي تنفيذه سلطة الدولة التنفيذية ، فإن هذا يعني عدم وجود مكان لحكم القوة في العصر الحديث .

ولكن من يبحث في ثنايا التشريعات الحديثة يجد لحكم القوة مكاناً في هذه التشريعات ، مع فارق بسيط وهو إستخدام تلك القوة وفق التنظيم القانوني الذي يسمح باستخدامها . والأمثلة علي ذلك كثيرة - سواء في مجال القانون الدولي أو القانون العام أو الخاص . ونعرض لها فى المباحث الاتيه : -

المبحث الأول

في مجال القانون الدولي

إذا نظرنا الي العلاقات الدولية في العصر الحديث نجد أنها أساساً تقوم علي القوة . إذ أن كل دولة تعتبر نفسها وحدة قائمة بذاتها في المحيط الدولي . ولا يوجد سلطة عليا تتولي الفصل في المنازعات التى تنشأ بين الدول ، ولذلك إذا قام نزاع بين دولتين فإنهما يتجهان الي الحرب لفض ذلك النزاع ، بحيث تستطيع الدولة المنتصرة أن تستعبد الشعب المهزوم وتستولى على أمواله مستندة فى ذلك الى

القوة . وقد يحدث أن تلجأ الدولتين الى التحكيم فيما بينهما ، ولكن الإلتجاء إليه ليس إجباريا ، ويترك أمر تنفيذ الحكم الي الدولتين المتنازعتين ، وحتي مع نشأة جهاز الأممَ المتحدة ، ومحكمة العدل الدولية التابعة لها لتتولىْ الفصل في المنازعات الدولية ، فإننا ما زلنا بعيدين عن فكرة التحكيم الإجباري نظراً لأن حكم المحكمة الدولية مازال حتي الآن يخضع لمبدأ القوة بل وفي الكثير من الأحيان يكون حكم المحكمة الدولية بدون أي فائدة من الناحية الواقعية لعدم القدرة على تنفيذه [1] .

المبحث الثانى

في مجال القانون العام

نجد أن العديد من الدساتير تقرر حق الشعوب فى الثورة ضد الحاكمين وذلك للمطالبة بتغيير الأوضاع السياسية والأجتماعية والإقتصادية ، والثورة تعتبر صورة من صور القوة التي تنص الدساتير علي إعتبارها وسيلة للمطالبة بالحق أو حمايته [2] .

وفي مجال القانون الجنائي باعتباره أحد فروع القانون العام

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٥ .

(٢) د./ محمد علــى الصافورى - المرجع السابق - ص ٤٣٠ ، د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٦٤ ، حيث أشار الى ما قاله إهرغ فى كتابه روح القانون الرومانى - عن استخدام القوة كوسيلة للمطالبة بالحقوق السياسية - إذ يقول « إذا تحرر شعب من نير العبودية التى كانت جاثمة فوق صدوره ، أو إذا الغت حكومة من الحكومات دستوراً مشئوماً كان قد

=======

نجد أن أغلب التشريعات الجنائية تسمح باللجوء الي القوة من أجل الدفاع عن النفس والمال ، وهو مايسمي بحق الدفاع الشرعي ووضعت القواعد المنظمة . كما أن غالبية التشريعات الجنائية تسمح لرجال الضبطية القضائية بإستخدام القوة ضد الجاني في حالة إمتناعه عن تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة ضده أو في حالة مقاومتهم ، وذلك بمراعاة الضوابط القانونية التي وضعت من قبل السلطة التشريعية لإستخدام القوة في هذه الحالة .

المبحث الثالث

في مجال القانون الخاص

وفي مجال القانون المدني نجد أن أغلب التشريعات ما زالت تعتبر الأستيلاء وسيلة من وسائل كسب الملكية مع وضع القواعد المنظمة له . بل واعتبرت أيضاً أن إلغصب ، وهو عمل غير مشروع فى حد ذاته ، يمكن أن يتحول الى عمل مشروع إذا ما مرت عليه مدة معينة تسمى مدة التقادم ، يصير المغتصب بعدها مالكاً للشئ المغصوب . فالأستيلاء والغصب يعدان من أعمال القوة التى تسمح بها التشريعات الحديثة باعتبارهما من وسائل كسب الملكية .

فرض على الشعب فى فترة من فترات ضعفه واستجدائه أو إذا أطاح سيف المستعمر بنظام الحكم الذي كان يسود شعباً من الشعوب ووضع له قوانين جائرة . فماذا تقول نظريتنا التى تفرق بين الحق والقوة ، إنها تقبل التغيير الذى تم بإعتباره واقعة حدثت وتم أمرها ، وبعبارة أخرى تعترف بأن القوة تستطيع أن تهدم أو تخلق الحقوق » .

الباب الثانى

مرحلة التقاليد الدينية

مقدمة :-

عندما نتحدث عن فترة التقاليد الدينية ، فإننا نتحدث عن المرحلة التى تلت مرحلة القوة فى نشأة القانون وتطوره ، والتى بدأت تظهر فيها فكرة الديانة لدى الشعوب القديمة ، وتسيطر على أنظمتها المختلفة .

كما نقصد بالديانة فى هذا المضمار معناها العام ، أى في كل علاقة للإنسان بالغيب أو بعبارة أخرى تصورات الإنسان البدائي عن العالم غير المرئي وعن القوة المحركة للعالم . ولا نقصد ذلك الأديان السماوية الموحى بها من عند الله إذ أن فكرة الديانة قد ظهرت لدى الشعوب القديمة كفكرة منذ ميلاد الإنسان ومشأة الحياة الجمعية على الأرض .

- وإذا ما أردنا التطرق الى هذه المرحلة من مراحل نشأة القانون وتطوره ، فإننا نتناولها من خلال الفصلين الآتيين : -

الفصل الأول : الدين والقانون .

الفصل الثانى : أثر الدين فى الأنظمة القانونية .

الفصل الأول

الديــن والقـــانون

يعد الدين بمثابة العامل الفكرى الأساسى في نشأة الفكرة القانونية وتبلورها وتطورها ، حتى في المجتمعات القديمة ، وذلك بعد أن إكتشف الإنسان الزراعة وإتجهت حياته الى الأستقرار ، وممارسة بعض الصناعات مثل صناعة بعض الأدوات الخاصة بالزراعة ، ثم صناعة الأنسجة وغيرها من الصناعات التى تعتمد على المحاصيل الزراعية ، بالإضافة الى ظهور التجارة التى تقوم على تبادل المنتجات بين الأفراد . كل هذه العوامل أدت الى تغيير نمط الحياة الأجتماعية ، من حياة تقوم على الصيد والترحال إلى حياة مستقرة أدت الى نشأة القرى ثم المدن ثم الدوله .

– وأمام هذه الأنماط الإجتماعية المختلفة للمجتمعان القديمة ، بدأ الإنسان يفكر ويتأمل فى الوجود والطبيعة غير المرئية ، محاولاً إيجاد تبريراً وتفسيراً لكل مايراه ، فهذاه تكفيره الى وجود قوى عليا غير منظورة هى التى تدير العالم . وعرف الإنسان أنه والعالم محكومين بإرادة هذه القوى غير المنظورة ، ومن ثم فإنها تستحق العباده . ومن هنا بدأت تظهر فكرة الدين في المجتمعات القديمة بإعتباره إطاراً فكرياً يجب أن ينسق الإنسان سلوكه وفقاً له .

– ومع تطور فكرة الدين تطورت فكرة الظاهرة القانونية ، إلى حد أن أصبح الدين فى بعض الفترات التاريخية ، يشكل الظاهرة القانونية برمتها ، أى حدث دمج بين الدين والظاهرة القانونية ،

وأصبح رجال الدين الذين يقومون على شئون الديانة ، هم الذين يتولون وضع القواعد القانونية .

– ومع تطور المجتمعات وحدوث متغيرات كثيرة أصبح دور الدين قاصراً على وضع الخطوط العريضة للظاهرة القانونية ، ثم وصل التصور الى حد الفصل التام بين الظاهرة القانونية والدين ، وأصبح الدين منعزلاً عن القانون . وأصبحت وظيفته الأساسية منحصرة فى نطاق تنظيم العباده فقط دون التطرق الى المجالات القانونية .

– إلا أن الفصل بين الدين والقانون ليس فصلاً مطلقاً على الأقل فى الدول التى تدين بديانة معينة ، مثل الدول التى تدين بالشريعة الإسلامية ، إذ أن دساتير هذه الدول تتضمن نصوصاً تحتم على المشرع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية عند وضع التشريعات مثل الدستور المصرى الذى يعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً للتشريع ، بالإضافة الى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية برمتها وفقاً لأحكام هذه الشريعة . وهناك أيضاً القانون اليهودى الذي يعتمد بصفة أساسية على الديانة ويصبغها بطابعه . والفكر المسيحى أيضاً كان له أثراً كبيراً فى قوانين البلدان الأوربية حتى عهد قريب .

– وحتى نوضح لدور الدين فى تشكيل الظاهرة القانونية سنتناول الآتى : –

المبحث الأول : نشأة الدين ومصادره .

المبحث الثانى : دور الدين فى نشأة القاعدة القانونية .

المبحث الثالث : الآثار المترتبه على إختلاط القانون بالدين .

المبحث الأول

نشأة الدين ومصادره

المطلب الأول

نشـــــأة الديـــــن

إذا كانت فكرة الديانة لم تدر بخلد الإنسان إلا بعد أن عرف حياة الأستقرار ، وإتجاه تفكيره الى تفسير الطبيعة غير المرئية والوجود ، وردها الى الإعتقاد بوجود قوى خفية تسيطر عليها وتنظمها ، فإن البحث في نشأة الديانة قد شغل إهتمام علماء الإجتماع ، وبصفة خاصة بعد ظهور فرع متخصص من علم الإجتماع يطلق عليه علم الإجتماع الدينى .

وقد أدلى علماء الإجتماع بتفسيرات مختلفة حول نشأة الدين ، تدور كلها حول نظريتين أساسيتين هما : -

أولاً : النظرية التطورية :-

وترى هذه النظرية أن الدين ظهر كفكرة من ميلاد الإنسان ، ونشأة الحياة الجمعيه وتطور بتطورها . معتمدة فى تفسيرها على المنطق الوضعى الذى يؤسس على الملاحظة والتجربة [١] .

---

(١) د./ محمد سامى النشار - نشأة الدين - القاهرة - بدون تاريخ - ص ٧٩ ومابعدها .

إلا أن أنصار هذه النظرية لم يتفقوا حول الفكرة الأساسية التى بنيت عليها فكرة الدين ، ***فالبعض من أنصار هذا المذهب*** إستندوا فى تفسيرهم لفكرة الدين على أسس الفلسفة الوضعية ومفهومها الإستدلالى على القضايا . وآية ذلك أن الدين قد قام من وجهة نظرهم على تجربة واقعية يستمد منها سلطانه وأساسه . فالدين نشأ من شئ واقعى محسوس ، أثر على الإنسان فجعله يفكر فى أساس هذا الشئ ، ومن هؤلاء ماكس موللر Max Muler ، وأدلبرهت كوهين A. Kuhn ، وبريل M. B.Real [1] ، وقد أستندا أنصار هذا المذهب الى مجموعة من الأدلة التى تساند وجهة نظرهم ، منها مايلي : -

١ - أن أسماء الآلهة هى فى الواقع أسماء مشتركة من الممكن التوصل الى أصلها . وهذا يشير الى ظواهر طبيعية مثل النار والشمس والقمر وكسوف الشمس وخسوف القمر والرعد .

٢ - أن الإنسان لا يستطيع الوصول الى فكرة ماوراء الطبيعة ، وفكرة الوجود نفسها ، ومن وراء هذا الوجود ، إلا إنطلاقاً من التفكير فى الظواهر التى توجد فى دائرة إحساسه فى الواقع المحيط به .

---

(١) د./ فايز محمد حسين - المرجع السابق - ص ١١٢ .

- والبعض الآخر من أنصار هذا المذهب مثل تيلور Tulor وسبنسر H. Spencer ، وقد أقاموا فكرتهم عن أساس الدين على فكرة الإعتقاد فى الكائنات الروحية ، وهذه الفكرة تعنى من وجهة نظرهم أن الإنسان يحيا حياتين .. حياة فى يقظته ، وحياة فى نومه يراها فى أحلامه . واستنتجوا من ذلك أن الروح الإنسانية عندما تفارق الجسد الإنسانى قد تموت ، وإنما تحيا فى عالم آخر ، وتظل متصله بالعالم المحسوس وتتأثر بكل متغيراته وتؤثر فيها ، ومن هنا توصل العقل الإنساني إلى ضرورة تقديس هذه الروح وتقديم وعمل مايرضيها (١) .

ولكن هذا الرأى غير مقنع وكاف لأنه قائم على أساس فكرى أكثر من الإشارة الى مشاعر الخشوع الرئيسية والتسجيل المرتبط بهذه الأعتقادات . وذلك لأنه قائم على إدراك ماهو روحى ، وما هو روحى دائما مايدرك على أنه قوى غير مشخصة .

- وأخيراً ذهب البعض من أنصار هذا المذهب مثل أميل دوركيم " Emile Durkiem " ، الى أن أصل فكرة الدين أو الشئ المقدس إنما يتثمل فى فكرة التوتم . ويقصد بهذا التوتم إعتقاد داخلى يتولد لدى جماعة من الأفراد في وجود قوة

---

(١) د./ محمد أحمد بيومى - علم الإجتماع الدينى - دار المعرفة الجامعية - ١٩٨٨ - ص ١٧٦ ، د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ١١٤ .

مقدسة ، أو فى مبدأ يحدد مجموعة من الجزاءات يتعين تطبيقها على كل من يحاول إنتهاك الحرمات .

ولذلك فإن الدين عنده هو « النسق الموحد للإعتقادات والممارسات ، المتصل بالأشياء المقدسة ، أى الأشياء التى تستبعد وتحرم ، مثل هذه الإعتقادات والممارسات تتحد فى جماعة أخلاقية متفرده تسمى الكنيسة لكل المنتمين لها » . ومن ثم فإن ماهو مقدس بالنسبة لدور كايم هو مايستبعد أو يحرم ، هو ما يمكن أن يدرك من خلال الشعائر لأن قوتها لها شأنها .

كذلك فإن الإنتقال من الدنس فى العالم اليومى إلى وجود المقدس لا يمكن أن تدرك إلا من خلال طرق إجتماعية ، وذلك عن طريق تقديس الجماعة لنفسها والتعبير عن ذلك فى الإحتفالات العامة [١] ، وهذا مايضفى القدسية على التوتم إلتى تختاره الجماعة رمز لعبادتها .

وقد أستند أنصار هذا المذهب الى وجود فكرة التوتم فى بعض المجتمعات القديمة مثل القبائل الإسترالية الوسطى الشمالية مثل قبائل الرونت Raunta واللورتيجا Loritija وغيرهم . فعند هذه القبائل عرف التوتم باسم الشورنجا Churinga ، وكان يمثل بالنسبة لهم المعبود الأول الذى يجب إحترامه وتقديسه [٢] .

---

(١) د./ محمد الجوهري - المرجع السابق - ص ١١٦ .

(٢) د./ محمد سامى النشار - المرجع السابق - ص ١٠٥ .

ثانياً : النظرية المؤلهـــة [١] : -

وترى هذه النظرية أن فكرة الدين وجدت مع بداية الإنسانية . فعندما خلق الإنسان خلق فى نفسه فكرة وجود إله حقيقى واحد أسمى من العالم الطبيعى والإنسانى ويتمتع بقدرات خارقة . وقد إستندا أنصار هذه النظرية الى عدة أدلة منها : - ١ - أن كل إنسان يحمل فى نفسه فكرة إلعليه ، وهى تكفى لتكوين العقيدة لدى كل فرد بأن هناك إلهاً صانعاً خالقاً لهذه الأشياء الموجودة فى العالم الخارجى .

٢ - الإستناد الى ما أثبته علماء الأجناس من وجود إله خالق عند البدائيين وما يستتبع هذه الفكرة من الإعتقاد فى فكرة الخلق ، مثل وجود فكرة الموجود الأسمى فى المجتمعات الآريه وقبائل كالفورنيا .

٣ - أن الدين قد أتصل خلال تطوره بالظواهر المختلفة من موت أو أحلام أو سحر ، إلا أنه من غير المنطقى أن يكون نتاجاً لواحد منها ، فالدين من خالق الإنسان ، وليس الإنسان هو خالق الدين .

- ونحن نرى أن الدين ينشأ بعبادة الله وحده ، وأن هذا الإعتقاد بوجود الله قد عرفته المجتمعات الإنسانية الأولى وذلك حينما بدأت تستقر وتفكر فى الوجود والطبيعة ، ووصلت بتفكيرها الى وجود

---

(٣) د./ محمد سامى النشار - المرجع السابق - ص ١٨٨ ومابعدها . د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ١١٨ .

صانع لهذه الطبيعة ، وهو مايعنى بطريقة غير مباشرة إلى وجود فكرة الله ، وإذا كان هناك تعددية إلهية فى المجتمعات البدائية ، فإن هذا كان راجعاً الى جهل الكثير منهم لأوامر الله ونواهيه والخلط بين الأعمال الصالحة والأعمال الفاسدة ، وظهور الفساد والإنحراف، وقيام طائفة الكهنة كما يقول د./ عبد الناصر العطار - بدعوة الناس الى ماعلق فى أذهانهم من أفكار دينية ، وإنحراف هؤلاء الكهنة عن الصواب فبدلوا وغيَروا وأقاموا التماثيل والأصنام ليعبدها الناس من دون الله عز وجل . وترتب على ذلك أنت عرفت البشرية نوعين من الأديان ، عرفت الدين الحق من المرسلين والأنبياء الذين كان يبعثهم الله عز وجل برسلات من عنده من وقت لآخر للتذكرة بأوامر الله ونواهيه ، وعرفت الدين الباطل من الكهنة والسحرة (١) .

---

(١) د./ عبد الناصر العطار - الوجيز فى تاريخ القانون - القاهرة - ١٩٧٠ ص ٨٣ ومابعدها .

المطلب الثانى

مصادر الدين

تعددت مصادر الدين فى المجتمعات القديمة ، وكان يرجع تعددها هذا الى كثرة الأحداث التى كانت تصادف الإنسان البدائي فى حياته ويقف منها حائراً متسائلاً عن أسبابها .

ومن هذه المصادر **الخوف** ، باعتباره أول أمهات الآلهة ، وخصوصاً الخوف من الموت . فقد كانت الحياة البدائية مليئة بالأخطار ، وقلما كان يأتى الموت عن طريق الشيخوخة الطبيعة ، فقبل أن تدب الشيخوخة فى الأجسام بزمن طويل كانت كثرة الناس تقضى بعامل من عوامل الإعتداء العنيف أو بمرض غريب يفتك بها فتكاً . ومن هنا لم يصدق الإنسان أن الموت ظاهرة طبيعية ، وعزاه الى فعل الكائنات الخارقة للطبيعة [1] ، فبدأ يفكر فى الأله ، ومن ثم فى الديانه .

ومن أمثلة ذلك ما روى فى أساطير سكان بريطانيا الجديدة بأن الموت جاء نتيجة خطأ أخطأنه الآلهه . فقد قال الإله الخير «كامبنانا» الى أخيه الأحمق « كورفوف » « إهبط الى الناس ، وقل لهم

---

(١) قصة الحضارة – المرجع السابق – ص ٩٩ .

يسخلوا جلودهم حتي يتخلصوا من الموت ثم إنبئ الثعابين أن موتها منذ اليوم أمر محتوم » ، فخلط كورفوفا بين شطرى الرسالة بحيث بلغ سر الخلود للثعابين وقضاء الموت للإنسان ، وهكذا ظن كثير من القبائل أن الموت مرجعه الى تقلص الجلد وأن الإنسان يخلد لو استطاع أن يبد بجلده جلد آخر .

– ومن عوامل خلق العقيدة الدينيه أيضاً الدهشة لما يسبب الحوادث التى تأتى مصادفة أو الأحداث التي ليس فى مقدور الإنسان فهمها ، ومنها الأقل فى معونة الألهه والشكر على مايصيب الإنسان من حظ سعيد ، والأثر الغريب الذى تحدثه أجرام السماء فى الأرض وفى الإنسان .

– ومن هذه العوامل أيضاً مايراه الإنسان فى أحلامه ، إذ أن الأنسان قد إستعجب للروئ التى يراها فى منامه وفزع فزعاً شديداً حيث شهد فى منامه أشخاص أولئك الذين يعلم عنهم علم اليقين أنهم فارقوا الحياه ، وذلك لأنه قد قام بدفنهم بيده ليحول دون عودتهم . وهذا ما أقنع الإنسان البدائي بأن كل كائن حى له نفس أو حياة دفينه فى جوفه يمكن إنفصالها عن الجسد إبان المرض والنوم والموت ، وهذه الروح ليست قاصرة على الإنسان وحده ، بل أن لكل شئ روحاً والعالم الخارجى ليس مواتاً ولا خلوا من الإحساس ، لكنه كائن حى وافق الحياه ، ولو لم يكن الأمر كذلك لكان العالم مليئاً بالأحداث الذى يستحيل تعليلها ، مثل حركة الشمس أو البرق الذى يصعق

الأحياء أو تهامس الشجر .. وهكذا تصور الإنسان الأشياء والحوادث مشخصه قبل أن يتصورها جامده ومجرده . وبعبارة أخرى سبقت الديانه الفلسفة [١] . ففى رأى الإنسان البدائي أن الحبال والأنهار والصخور والأشجار والنجوم والشمس والقمر والسماء كلها أشياء مقدسة لأنها العلامات الخارجية المرئية للنفوس الباطنية الخفية. ومن هنا تنوعت المعبودات الدينية بين ماهو سماوى وما هو أرضى ، وما هو جنسى ، وماهو حيوانى وماهو بشري ، وماهو إلهى . ومع تعدد الآلهة تعددت الديانات السابقة على الديانات السماوية ، إذ أن لكل أسرة عبادتها الخاصة لايجوز لغير الأعضاء الأشتراك فيها ، وأصبح كذلك لكل قبيلة آلهتها الخاصة بها ، وأصبحت الوظيفة الأولى لرب الأسرة أو شيخ القبيلة هى القيام بالشعائر الدينية ، بل إمتدت فكرة التأليه الى الأفكار الفلسفية والخلقية ، فالحكمة والعدالة تعتبر آلهه يختص كل منها بنصيب معين فى تدبير أمور الكون ، فالعدالة مثلاً كانت آلهة تسمى تيميس عند الأغريق ويسميها المصريون القدماء معات ويسميها أهل بابل «شمش » [٢] .

– *خلاصة ماسبق* ، هو أن مصادر الدين فى المجتمعات البدائية قد تعددت ، وأدت الى تنوع العبادات فى هذه المجتمعات

---

(١) قصة الحضارة – المرجع السابق – ص ١٠٠ ومابعدها .

(٢) د./ صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ٨٦ ومابعدها .

وإتخـاذهــا أشكالاً ورمـوزاً تخـتلف من مـجـتـمع الى آخـر حـسب معـتـقداته ، وحسب آلهته . وكل هذا التـعدد والتنوع يرجع الى فعل الطبيعة التى أخذت تتبدد فى شكل مجموعات كبرى من كائنات حية مستقلة بعضـها عن بعض ، بعضـها مرئى وبعضـها خـفى ، لكنها جميعاً من طبيعة العقل . ثم هى جميعاً من طبيعة المادة ، وهى كذلك جميعاً تمتزج فى أنفسـها بين العقل والمادة فتكون بذلك سر الوجود العميق ... إن العالم ملئ بالآلهه ، فمن كل كوكب ومن كل صخرة ينبثق وجود يثيرنا بنوع من الأحساس الذي ندرك به كثرة ماهنالك من قوى شبيـهه بقوى الآلهة ، فمنها القوى ومنها الضـعـيف ومنها الجليل ومنها الضئيل تتحرك كلها بين السماء والأرض لتحقق غاياتها التى كتمتها في جوفها سراً [١] » .

المبحث الثانى

الدين وفكرة القانون

فى فتـرة من فتـرات التـاريخ الإنسـانى كان الدين يمثل البديل الأساسى لفكرة القانون ، بمعنى تجسيد الظاهرة القانونية فى شكل دينى بحت ، أى أن الدين كـان يتـولى تنظيم كـافـة نواحـى الحـيـاة الإنسانية سواء كانت إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية أو ثقافية .

ولتوضيح العلاقة بين الدين وفكرة القانون ، فإننا سنتناولها من

---

(١) قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ١٠٢ .

خلال المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول : إختلاط القانون بالدين .

المطلب الثانى : دور رجال الدين فى نشأة القانون .

المطلب الأول

إختلاط القانون بالدين

بعد معرفة الإنسان للزراعة والملكية الفردية ، وجنوحه من ثم الى الإستقرار ، بدأ يدرك همجية القوة بإعتبارها وسيلة لحماية الحقوق وإكتسابها ، واعتمد علي الدين كمصدر أساسى للقواعد القانونية ، إلا أن القواعد القانونية قد إختلصت بغيرها من قواعد السلوك مثل قواعد الأخلاق والدين ، ولذلك لم يتميز الجزاء القانونى عن غيره من صور الجزاء الأخروى ، ولم يكن القانون سوى مجموعة الأحكام الصادرة عن رجال الدين [١] .

ولهذا فإن فكرة القانون قد نشأت فى المجتمعات القديمة بنشوء العقائد الدينية ، ولكنها لم تنشأ منفصلة عن الدين فى صورة قواعد منفصلة تنظم العلاقات الإجتماعية ، بل نشأت ممتزجة مع هذه القواعد التى كانت تسيطر علي حياة الإنسان وتقوم على تصرف

---

(١) د./ أحمد حسن - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - نظم القسم الخاص - دار المطبوعات الجامعية - سنة ١٩٩٨ ، ص ١٣ .

مشيئة الألهه والخضوع لها فى كافة تصرفاته وعلاقاته بالآخرين [١] .

ولقد كان من الصعب ، فى العصور القديمة ، بيان ماهية القانون الوضعى ، أو تحديد طبيعة القواعد الإجتماعية أو قواعد السلوك التى تدخل ضمن نطاق القواعد القانونية . ويرجع ذلك إلى إختلاط القواعد الإجتماعية وقواعد السلوك بقواعد الدين ، حيث كان ينحصر مصدر هذه القواعد كلها فى الآلهة صاحبة السلطة الأساسية فى كافة المجالات والتى يمكنها أن تمارسها فى أى صورة تراها ، ولذلك فإن القواعد الإجتماعية كانت تتميز بطبيعة واحده لصدورها عن ذات السلطة [٢] .

ولقد كانت القواعد الدينية فى المجتمعات القديمة ، هى المصدر الأساسى للقواعد القانونية فى مختلف المجالات سواء فى مجال العقود والإلتزامات أو فى مجال الأحوال الشخصية أو فى مجال الجرائم والعقوبات ، أو حتى فى مجال القانون العام .

- فالقانون في العصور الأولى ، كان يمثل الإرادة الإلهية التى تصدر فى كل قضية على لسان رجال الدين ممن كانوا يتميزون بإتصالهم بالآلهة ، وبالقدرة على التعرف على مشئتهم وتلقى أحكامهم ، ويجمعون لذلك بين الوظيفة الدينية والوظيفة القضائية ، ولهذا

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٦٠ .

(٢) د./ فخرى أبو سيف - أحكام النظم الإجتماعية والقانونية القديمة - ١٩٨٢ - ١٩٨٣ - ص ٥٩ ومابعدها .

ظهـرت فكرة القـانون الأولى فى صـورة حكم إلهى يوحى به إلى القاضى عند الفصل فى النزاع المرفوع اليه فينطق به على أنه إلهام ووحى من الآلهـة ، ولهذا فكانت تستمد قوتها الملزمة من طبيعتها الدينية ومصدرها الإلهى [١] .

– وقد ظهرت هذه الأحكام الألهية لدى كافة الجماعات القديمة سواء من ظلت منها علي نظام الفطرة في دوائر القبيلة أو التى إنتقلت منها الى نظام المدينة ، كما حدث في مصر واليونان وروما القديمة .

ولقـد كـان هذا الأمـر واضـحـاً تمام الوضـوح فى الشـريعـة اليهودية ، حيث أن القواعد القانونية كانت تقدم بإعتبارها مقدسة ذات مصـدر إلهى ، والقـضـاة كـرجـال دين كـانوا ملزمين بمعـرفـة الإرادة الإلهية ، باعتبارها مصدر كل قانون عادل . فالإله هو الذى يضع العاده أو العرف الذى يضمها القانون الي نطاقه ، فحينما يأمر الإله بعدم العمل فى اليوم السابع من الأسبوع أو بعدم جمع الحطب فى يوم الرب ، فإن هذه القاعدة تعد أخلاقية وإن الله وحده هو الذي يحكم فيها ، وذلك بأن يستخير موسى فى شأن العقاب [٢] .

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٦٢ .

(٢) C, PERELMAN "La règle de droit et la justice" Melange affarts à ROPERT le gros éditions de l'unisrirsité du BRUXELLES Facultté de droit - 1985 - p. 350 et s .

وأيضاً رسالتنا للكتوراه بعنوان : « دور القضاء فى التوفيق بين الواقع والقانون – دراسة فى فلسفة القانون » ١٩٩٥ – ص ٢٧٦ .

وحتى قبل نزول الوحى على سيدنا موسى كان كهنة بنى اسرائيل يستشيرون الآلهة للوصول الى الحكم فيما يعرض عليهم من قضايا عن طريق تحريك تماثيلهم التى تحبهم عن طريق إشارات خاصة بالحكم الواجب تطبيقه على النزاع (١).

وفى بداية نزول الوحى على سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم ، كان التشريع يصدر فى الكثير من الحالات بمناسبة - مسائل أو حوادث يرفع أمرها الى النبى صلى الله عليه وسلم فتنزل آيات القرآن ناطقة بالحكم ، وبعد فترة من الزمن تتحول هذه الأحكام الموحى بها من قبل الله الى مبادئ عامة تنطبق على كافة المسلمين ، وتنفصل عن أسباب نزولها .

- أسباب إختلاط القانون بالدين :-

كان لإختلاط القانون بالدين فى المجتمعات القديمة العديد من الأسباب ، يمكن أن نجملها فى الآتى : -

١ - وحدة المصدر :-

أن وحدة المصدر تعد من العوامل الرئيسية لإختلاط القانون بالدين ، حيث كان مصدر القواعد القانونية والدين واحد وهو الآلهه والتى كان يمكنها أن تمارسها فى آية صورة تراها .

---

(١) الأستاذ / علي بدوى « تطور المبادئ القانونية عند العرب فى الجاهلية والإسلام » مجلة القانون والإقتصاد - السنة الأولى - العدد الخامس .

ففى البداية كان رب الأسره ، باعتبارها الخلية الإجتماعية الأولى - يمارس السلطة الدينية والقانونية في آن واحد ، حيث كان لكل أسرة دين خاص بها يتمثل فى عبادة الأسلاف ، وكان رب الأسرة هو الذى يقوم بدور الوسيط بين الآلهة وأفراد وأسرته ليبلغهم بما تقضى به مشيئة الأسلاف (١) .

وعندما بدأت تظهر القبيلة كنظام سياسى فى المجتمعات القديمة ، تولى شيخ القبيلة ، الذى يجمع بين بديه السلطة الدينية والدنيوية فى نفس الوقت . مهمة الوسيط بين الآلهة وبين أفراد القبيلة ليبلغهم أوامرها ، بالإضافة الى توليه سلطة الفصل فى المنازعات التي تحدث بينهم ، ومن ثم يناط به مهمة معرفة وتفسير الأحكام القانونية والتعاليم الدينية الصادرة من الآلهة .

وقد أدى وضع السلطتين الدينية والدنيوية فى يد واحدة الى اختلاط قواعد القانون بالتعاليم الدينية وأصبح ينظر اليهم بإعتبارهما مزيجاً واحداً لايجب الفصل بينهما ، نظراً لصدورهما من مصدر واحد وهو الألهة التى تعد مصدراً لجميع القواعد .

وقد عبر أفلاطون عن فكرة إختلاط القانون بالدين ، وصدورهما من مصدر واحد هو الآلهة ، حيث يقول « أن الإله هو البداية وهو الوسط والنهاية لكل شئ ، وهو يسير وفقاً لطريق مستقيم تتفق مع

Decugis , " Les étapes du droit " . Paris,1942 . (٢) p. 245 .

طبيعته ويحقق العدالة فى الوقت نفسه ، وهذه العدالة هي التى تعاقب - دائماً - من يخرج على القانون الآذلى أو السماوى وكل من يبغى السعادة يجب عليه أن يرتبط ويخضع للعدالة لزنهما متلازمان ويسير - أى الفرد - بتواضع على آثار خطواتها (١) .

٢ - العامل الاقتصادى :-

أن العامل الأقتصادى يعد هو المحرك الأساسى لتطور الحياة الأجتماعية بكل معطياتها ، بل أنه يعد المضمار الذى يدور فى فلكه كافة أنظمة المجتمع من قديم الأزل وحتي يومنا هذا .

وقد ساهمت العوامل الأقتصادية ، فى إختلاط التعاليم الدينية بالقواعد القانونية ، حيث أن الظروف الأقتصادية التي مرت بها المجتمعات القديمة قد غيرت فى نمط الحياة الإجتماعية ، وذلك بتغيرها فى نمط الإنتاج . فعندما ظهرت الزراعة فى هذه المجتمعات ، بدأت تميل هذه المجتمعات الى الإستقرار وتتحول من مرحلة الصيد والرعى الى مرحلة الزراعة ومايرتبط بها من حرف أخرى مثل الصناعة ونوع ما من التجارة ، وهذا الإستقرار أدى بدوره الى معرفة الإنسان لعدة وسائل تساعد على تكييفه مع حياة الزراعة والأستقرار نعرف نظام المساكن والبناء ونظام المحاريث وغيرها (٢).

---

(١) أشار فى مقولة أفلاطون هذه د./ فخرى أبو سيف مبروك - مرجعه السابق الإشارة اليه ص ٥٩ - ٦٠ .

. / فايز حسين - المرجع السابق الإشارة اليه - ص ١٢١ .

وهذا التطور الإقتصادى وما أدى اليه من إستقرار ، أدى الي تغير فى تفكير العقل الإنساني ، فبدأ يعجز القوة كوسيلة لفض المنازعات ، وبدأ يبحث عن بديل لها ، فأنجه تفكيره فيما يدور حوله من ظواهر ، حتى وصل الي فكرة الألوهية التي تمده بالأحكام التى تفصل فى المنازعات ، وهذا ماساهم فى إختلاط الدين بالقانون .

٣ - العامل الاجتماعى :-

تمثلت العوامل الأجتماعية في حدوث تغير أساسى فى هيكل البناء الإجتماعى ، فظهور الزراعة وإستقرار الإنسان فى أماكن محددة ومتجاورة ، أدى الى نشوء أنظمة إجتماعية جديدة ، فظهر نظام العشيرة والقبيلة كأنظمة إجتماعية تؤلف وتوحد بين أعضائها وتقييم نوع من الإشتراك فى العمل ، والتضامن بين أفرادها ، كما أدت الزراعة الى تغيير نمط التفكير الإجتماعى فى هذه الأنظمة السياسية الجديدة ، حيث بدأت تتلاشى من فكرهم ظاهرة قتل النبات ، والأطفال والتضحية بالنفس من أجل الآلهة ، وقلت الحروب فيما بين الأفراد ، وهذا ما أدى بهم الى التفكير فى إيجاد وسائل جديدة لفض المنازعات التى تحدث داخل القبيلة أو العشيرة أو بينها وبين القبائل المجاورة لها فلجوءا الى التحكيم الذي يقوم على أحكام إلهية ، ويتولى أمره رجال الدين ، الذين كان ينظر اليهم الشعب على أنهم هم الوسيط الذى ينقل رسالات عالم فيما وراء الطبيعة الي عالم الطبيعة . أو هم الوحيدون الذين يستطيعون حماية الناس من غضب الآلهة ،

وهم الذين يعرفون طقوس الآلهة والشعائر التى ترضيها (١) .

وهذا راجع الي أن الشعوب القديمة كانت غير قادرة علي إدراك الظاهرة القانونية فى مفهومها الصحيح والنظر للقانون بإعتباره أحد الظواهر الإجتماعية والذي ينشأ تلقائياً من تفاعل العوامل الأخرى التى تسود المجتمع سواء كانت عوامل إقتصادية أو اجتماعية أو سياسية . كما تصوروا عدم قدرة الإنسان علي خلق القواعد التى تحكم سلوكه فى علاقته بالآخرين ، ونظروا الى القانون نظرتهم الى الظواهر الطبيعية الأخرى ونسبوا كل الطواهر التى يجهلون مصدرها الي القوة الخفية التى تتحكم فى هذا الكون أى إلى الآلهه . وهذا ما ساعد على إختلاط قواعد القانون بالتعاليم الدينية (٢) .

٤ - *العامل النفسي :-*

فى المراحل الأولى للحياة البدائية ، والتى تمثلت فى الصيد والرعى ، كانت نفسية الشعوب القديمة يسودها القلق والأضطراب نتيجة لقسوة الحياة ، والظروف الطبيعية التى تحدثها الطبيعة مثل البرق والرعد والمطر والشمس والقمر .

ولما أستقر حال هذه الشعوب فى أماكن دائمة ، وأعتمدوا على الزراعة كإسلوب حياه ، بدأوا يفكرون فى أسباب هذه الظواهر حتى

---

(١) د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ١٢٣ .

(٢) د./ أحمد حسن - المرجع السابق - ص ١٧ .

توصلوا الي فكرة المعبود الأسمى الذى يسبب كل هذه الظواهر ، وكان هذا بمثابة عامل الإنقاذ والذي أنهى حالة الأضطراب لديهم ، وقضى على التوتر الذي كان يسيطر علي نفوس هذه الشعوب .

وهذا ما أدى بهم الى تقديس فكرة الآلهة ، ومن ثم الدين . فالديانة كان لها سلطان عظيم فى نفوس الناس ، ومن ثم كانوا يتقبلون كل ما تأمر به الآلهة وينفذونه بدون مناقشة أو مجادلة ، وكانوا يعتبرون قانونها بمثابة القانون الأسمى للوجود والذي لاينبغي لأحد أن يخل به (١) .

وقد ساهمت مجموعة العوامل السابقة فى الإختلاط بين التعاليم الدينية وفكرة القانون ، وفى إنتقال الفكر الإنساني من مرحلة القوة ، الى مرحلة التقاليد الدينية وتلك المرحلة التى تبلورت فيها الظاهرة القانونية فى فكرة الدين ، حتى أصبح يعنى بفكرة القانون مجموعة التعاليم الدينية التى تصدر من الإلهه ، أو مجموعة الأحكام التى يصدرها الزعماء منسوبة الى الآلهة كى يقدسها ويحترمها الناس . وآية ذلك ، أن القانون فى ظل هذه المرحلة لم يرتبط بالواقع الأجتماعى التى تعيشه هذه المجموعات بما لها من ظروف اجتماعية أو سياسية أو إقتصادية ، وإنما إرتبط بفكرة الألوهية ، وهى فكرة علويه صادرة من قوى غير منظورة توجد فيما وراء العالم الطبيعى ، ولا ترتبط بالعالم الأرضي أو بظروفه المختلفة .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١١٥

المطلب الثانى

دور رجال الدين فى نشأة القانون

لقد لعب رجال الدين دوراً كبيراً فى ظهور القاعدة القانونية كوسيلة لتنظيم العلاقات بين الناس فى المجتمع ، فهم الذين تولوا مهمة إحلال القانون محل القانون محل القانون فى حكم المجتمع ، فرب الأسرة كان يحكم بين أفراد أسرته باسم الدين ، وكذلك الحال فى العشائر أو القبائل ، حيث كان يمارس رئيس العشيرة أو القبيلة سلطاته باسم الدين ، وحينما نشأت الدولة كان الملك يحكم أيضاً باسم الدين مستمداً النصح والإرشاد من رجال الدين .

وقد تمتع رجال الدين بهذه المكانة في المجتمعات القديمة ، ولما وقر فى قلوب الناس بأن رجل الدين له قدرة كبيرة على الزهول الروحى وتلقى الوحي وتوجيه الدعاء المستجاب ، ومن ثم الإعتقاد وبأن رجال الدين كانوا أقرب صلة بإرادة الآلهة ، بحيث يستطيعوا تحويل تلك الإرادة الي مافيه نفع الإنسان (١) ، بالإضافة الى دورهم الدينى المحض والذى يتجسد فى قيامهم على شئون العبادة كأداء الشعائر أو الطقوس ، وتقديم القرابين بأعتبارهم الوسطاء بين

---

(١) قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ١١٦ .

الناس والآلهة أو ممثليها [١] ، ومع مرور الزمن أصبح رجال الدين الذين يكونون طبقة متميزة عن غيرهم من الناس سواء من حيث أخلاقهم وأفكارهم .

وترتب على ذلك أن تمتع الكهنة عند الكثير من الشعوب بمركز ممتاز ، بل أن بعض الشعوب كانت تذهب بعيداً وتنسب الكهنة الى الآلهة مباشرة ، لذلك « كان الكاهن منذ أقدم العصور إلى أحدثها ينافس الجندى المقاتل فى سيادة الناس والإمساك بزمامهم حتى لقد راح الفريقان يتناوبان ذلك » [٢] .

– ونظراً لتمتع رجال الدين بهذه المكانة بين شعوب المجتمعات القديمة ، وإختلاط القانون بالتعاليم الدينية ، فقد مارسوا دوراً كبيراً فى القضاء والتشريع . ففوض القضاء الخاض ، وما كان يجره إستخدام القوة من خراب ودمار على المجتمع ، قد جعل الناس يلجأون الى وسيلة أخرى تؤدى الى حقن الدماء ، فلجوأ الى التحكيم الذي يتولاه رجال الدين ، وقد استغل رجال الدين حالة الفوضي هذه ، وحاجة الناس إليهم ففرضوا شروطهم على المتخاصمين ، ومن أهم أمثلة هذه الشروط التزام المتخاصمين – عند إلتجائهم الى التحكيم – بالنطق ببعض عبارات والقيام ببعض طقوس معينة ، تعطيهم وقتاً كافياً للتفكير والتروى قبل بدء المناقشة . ويكفى أن تستعمل تلك

---

(١) د./ محمد على الصافورى – المرجع السابق – ص ٥٠ .

(٢) قصة الحضارة – المرجع السابق – ص ١١٧ .

الطقوس ، وينطق بتلك الصيغ مرة أو مرتين لتصبح عادة يقبلها الناس ويثابرون على القيام بها (١) .

وحتى بعد ظهور نظام الدولة كشخص معنوى قادر علي فرض سلطانه ونفوذه علي الأعضاء المكونين لها ، ظل رجال الدين يمارسون سلطة التنظيم داخل المجتمع سواء من الناحية القانونية أم الإجتماعية .

- وإذا كان رجال الدين هم الذين يقومون بخلق القاعدة القانونية ، فإنهم هم أيضاً الذين كانوا يقومون بتنفيذ الأحكام التى يصدرونها أو بالأحرى حمل الأفراد على إحترام مايصدرونه من أحكام .

وقد استخدم رجال الدين العديد من الوسائل التى تساعدهم على تنفيذ مايصدرونه من أحكام ، أهمها : -

١ - ترويج فكرة الجزاء الأخروى : -

أن ممارسة رجال الدين لوظيفة القضاء فى بداية المرحلة الدينية كان يعتمد على التحكيم الأختياري ، ومن ثم فإن المتخاصمين كانت لهم حرية تنفيذ الحكم الذى يصدره رجال الدين أو عدم تنفيذه والإلتجاء لحكم القوة ، ولكن لما إختلطت التعاليم الدينية بالقواعد القانونية ، وأعتبروا مزيجاً واحداً صادراً من الآلهة ، وأن الذى يتقبله

(١) د / صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٠٥ .

من الآلهة ويتولى تنفيذه هم رجال الدين بدأ الخوف من غضب الآلهة يسيطر على قلوب المتخاصمين من عدم تنفيذ الأحكام التى يصدرها رجال الدين ، فالدين كان يحفظ المجتمع فى بداية المرحلة بوسيلتين ، الأساطير والمحرمات ، فالأساطير هى التى خلقت العقيدة فيما وراء الطبيعة ، وهذه العقيدة هى التي كانت تضمن استمرار المجتمع في احترام قواعد السلوك التى يريدها الكهنة مثل نظم الزواج والملكية ، وخوف الإنسان من الآلهة ومايرجوه لديها من ثواب هو الذي يضطره الى الإذعان لقواعد السلوك التى حددتها العقيدة الدينية ، ولما تقدمت الديانة ظهرت المحرمات ، أى الأفعال التى يحرمها الدين ، فحرم إقامة الشعائر الدينية فى غير فصول وأوقات معينة من السنة ، وحرم القتل فى فصول سنوية معينة وأعتبرت بعض الأفعال مثل القتل بالسحر والزنا أفعالاً محرمه ، وهذه التعاليم الدينية قد حملت أفراد الشعوب القديمة على احترام أحكام رجال الدين خوفاً من عقاب الآخرة .

ومع نهاية هذه المرحلة تحول الإلتجاء الي التحكيم من إختياري الـي إجباري . ونتيجة لذلك لم يعد تنفيذ قراراتهم التحكيمية إختياريا ، بل تمتع بطبيعة هامه حيث أصبغ عليه طابع الإلزام إلي حد ما ، لأن إصطباغه بالصبغة الإلهية جعل تنفيذ القرار كأنه إمتثال لحكم الالهة ، والخروج عليه يعتبر بمثابة الخروج عن طاعة الآلهة (١) .

---

(١) د./ عادل جبرى محمد - دراسات فى تاريخ وفلسفته - الأندلس للنشر والتوزيع - سنة ١٩٩٣ - ص ٦٣ .

ولذلك سرعان ما أوجد رجال الدين العديد من الوسائل التي مكنتهم من تنفيذ أحكامهم تنفيذاً إجبارياً . نورد الحديث عنها تباعاً : -

٢ - الطـــرد :-

وعقوبة الطرد هذه تعتبر من مخلفات عصر القوة ، التي كانت تعتبر فيه هذه العقوبة بمثابة وسيلة لتنفيذ الجزاء وذلك بتخلي الجماعة عن أحد أفرادها وطرده خارجها ، فيصبح دمه مهدراً . إلا أن طبيعة هذه العقوبة قد تغيرت في مرحلة التقاليد الدينية واصطبغت بصبغة الدين . إذ أصبح يقصد بها طرد الشخص من حظيرة الديانة أو إنزال لعنة الآلهة وغضبها به ، فيهدر دمه ويحل ماله ويحرم التعامل معه ويطرد من رحمة الإله .

ومن ثم فإن رئيس الجماعة كان يستطيع أن ينبذ من حظيرة الجماعة أي شخص لاينفذ الحكم الذي أصدره أو يخالف قواعد السلوك فى الجماعة . ومن هذه العقوبات العقوبة المعروفة في القانون الروماني تحت اسم الرجل المنبوذ والتي تطبق في بعض حالات القتل ، فدم هذا الشخص يصبح مهدراً ، وماله يصادر لصالح الألهة ويطرد من دائرة المجتمع (١) .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١١١ حيث قد أشار الى غيرها من العقوبات مثل عقوبة الحرمان من النار المقدسة (رمز طهارة القلب) ، ومن ماء التطهير ، ويجب على الناس أن يقطعوا كل صلاتهم بهذا

=====

- وعقوبة الطرد هذه كانت معروفة لدي العديد من الشعوب القديمة ، فالجرمان كانوا يحكمون بالطرد على الشخص الذي يلقي سلاحه في حالة الحرب ، ويمنعونه من المساهمة في تقديم القرابين أو حضور المجلس العام . وقبائل الغال في فرنسا كانت تعرف أيضاً هذه العقوبة ، وتطبقها علي الشخص الذي يمتنع عن تنفيذ الأحكام التي تصدرها الكهنة إذ يعتبر كافراً فلا يقربه الناس ولا يحادثوه ، ويحرم من كل حقوقه في المجتمع . ونجد أيضاً جزاءاً شبيها بذلك عند اليهود أو بنص القانون اليهودي علي عقوبة الحرمان التي تطبق علي من يرتكب بعض الجرائم مثل جريمة السرقة (١).

٣ - **اليمين** :-

بعد أن أنتقل الإنسان البدائي من مرحلة القوة الي مرحلة الديانة ، بدأ يفكر في وسائل جديدة ينظم بها المعاملات والعلاقات التي تنشأ بينه وبين غيره على أساس آخر غير القوة ، فاتجه الي تنظيم تلك العلاقات بإتفاقات تعقد فيما بينهما .

وفي بادئ الأمر كان تنفيذ هذه الإتفاقات يعتمد علي استخدام القوة ، فإذا رفضت الجماعة تنفيذ الإتفاق الذي عقدته لجأت الجماعة

= الشخص « فيجب عليه أن لايقترب من المعابد ، ويحرم على الناس أن يحادثوه أو يستضيفوه عندهم ، ويمتنع عليهم القيام بالصلاة أمامه أو تقديم القوابين ، ويجب على الناس أن لايقدموا له ماء الطهاره » .

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١١٢ .

حري الي القوة لإجبارها علي إحترام تعهدها .

ولما تمكنت الديانة من نفوس أفراد الجماعات ، وجعلت تفكيرهم يميل الي البعد عن إستخدام القوة ، لجأت الي تقوية الإتفاقات باليمين ، فكانت كل جماعة تقسم بآلهتها وتشهدها حين عقد الإتفاق ، وكان هذا القسم يعتبر نوعاً من الضمان يزيد في قوة الإتفاق ويحمل الأفراد علي تنفيذها خوفاً من غضب الآلهه ، ولهذا نجد أن معظم التصرفات القانونية كانت مصحوبة بآراء القسم لدي الشعوب القديمة والقانون المصري القديم والروماني وقانون بابل .

وقد لجأ رجال الدين الي اليمين كوسيلة لحمل أطراف النزاع علي إحترام ما يصدرونه من أحكام وضمان تنفيذها من قبلهم ، مستغلين في ذلك الخوف من عقاب الآلهة (١) .

- واليمين كوسيلة من وسائل إثبات ونفاذ التصرفات القانونية لها تطبيقات عديدة في العصر الحديث إذ نجد كثير من التشريعات المعاصرة ، ومنها المصري والفرنسي وغيرهما ينصان علي إعتبار اليمين من وسائل الإثبات المهمة .

---

(١) محمد علي الصافوري - المرجع السابق - ص ٥٥ .

٤ - الرهان أو الكفاله :

لكي يضمن رجال الدين تنفيذ ما يصدرونه من أحكام ، فإنهم يلجأون إلي وسيله أخري مفادها الحصول علي ضمانات كافية من المتنازعين قبل نظر النزاع ،. ومن قبيل هذه الضمانات إلزام كل من الطرفين بتسليم مال من أمواله كرهن أو يقدم كل منهما كفيلا يضمن تنفيذ الحكم ، وبعد الحكم يستطيع المحكوم لصالحه أن ينفذ هذا الحكم بمعاونة رجال الدين ، وبفضل مبلغ الرهن الذي دفعه المحكوم عليه أو الكفيل الذي كفله [١].

ونظام الرهان أو الكفالة هذا يوجد في نصوص العديد من التشريعات الحديثة ، إذ يتضمن القانون المدني المصري موضوع الرهان والكفالة ، حيث تقرر المادة ٧٣٩ منه بطلان كل إتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ثم يستثني من أحكامها الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون في الالعاب الرياضية ،وأيضا مارخص فيه قانوناً من أوراق اليانصيب .

ويقرر في المادة ٧٧٢ للكفالة التي تكفل للدائن الوفاء بحقه ، وذلك برجوعه علي الكفيل الذي يتعهد بتنفيذ إلتزام المدين إذا لم يفي به هذا الأخير [٢].

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص١١٣ ، د./ محمد الصافورى - المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) إذ تنص المادة ٧٧٢ على أن « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يفى به المدين نفسه .

(٥) التنفيذ المباشر :-

ومقتضي هذا النظام : أن يقوم رجال الدين الذين أصدروا الحكم بالاستيلاء علي مال مملوك للمدين المحكوم ضده وأداؤه الي الدائن المحكوم لصالحه ، أو أن يقوموا بسداد مبلغ الدين المحكوم به الي الدائن ، ثم يحلوا محل الدائن في الرجوع علي المدين بالقيمة التي أدوها للدائن ، معتمدين في ذلك علي ما يتمتعون به من مكانة دينية ومن نفوذ علي الأفراد ، واثقين من أن المدين لن يماطلهم في السداد إحتراما لمكانتهم ، وخوفا من التعرض لغضب الآلهة التي يمثلها هؤلاء .[1]

(٦) - وسائل أخري :-

هناك وسائل أخري يستطع الدائن بمقتضاها أن يحصل علي دينه من المدين من ذلك علي سبيل المثال نجد أن رجال الدين عند

---

(١) د./ محمد ،علي الصافوري - المرجع السابق - ص ٥٦ حيث قد وضح في هامش هذه الصفحة المصدر التاريخي لفكرة الحجز على أموال المدينين التي تقرها الشرائع الحديثة ، والذى يتمثل في إستيلاء رجال الدين على الأموال المملوكة للمدين تسديداً لما عليه من ديون . كما أوضح أيضاً أن فكرة حلول رجل الدين محل المدين في السداد وحلوله محل الدائن في مطالبه المدين هو الاصل التاريخي لحواله الحق وحوالة الدين المعروفتين في النظم القانونية الحديثة .

الهنود كانوا ينصحون الدائن بملازمة باب منزل المدين والصوم عن الطعام حتي يحصل علي حقه . وهذه الوسيله كان لها أثر فعال في استدرار عطف الناس وشفقتهم على ذلك الدائن ..

وبعض القبائل الصلتية كانت تلجأ إلي وسيلة أخري مؤداها أن الدائن كان يستصحب أحد الكهنه الي منزل المدين ويستولي علي مال من أمواله ثم يبيعه إذا لم يفي بالدين ، ولا يستطيع المدين مقاومه تلك الاجراءات خشية ما يصيبه من أذي علي أيدي الكهنه ، وهذا النظام يعد المصدر التاريخي لنظام الحجر علي مال المدين

المبحث الثالث

الآثار المترتبه علي إختلاط القانون بالدين

ترتب علي إختلاط التقاليد الدينيه بالقانون ، أن أصبح القانون مجرد معطية دينيه بحته ، مصدرها إلهي علوي يقبلها الإنسان دون أن يكون له حرية مناقشتها أوأنشائها ، وانما يقتصر دوره فقط علي تطبيقها واتباع ما تأمر به ، وقد ترتب علي هذا المزج بين الدين والقانون العديد من النتائج أهمها ما يلي : -

ازدواجية الجزاء :

يتميز القانون عن غيره من قواعد السلوك في المجتمع البشري، بوجود جزاء يطبق علي من يخالفه بواسطة السلطات المختصه بتطبيقه ، و هذا الجزاء يختلف تماما عن الجزاء الذي يوقع علي من يخالف قاعدة دينيه أم خلقيه سواء من حيث نوعه أو من حيث الهيئة

التي تتولي توقيعه ، فمن يخالف قاعدة قانونيه يوقع عليه جزاء مدني، ومن يخالف قاعدة دينيه يعرض نفسه لعقوبة دينيه ، ومن يخالف قاعدة أخلاقية يتعرض لاحتقار المجتمع وازدراء الناس . كل هذه النتائج قد تم التوصل اليها في التشريعات الحديثة بعد أن تم فصل القانون عما عداه من قواعد السلوك في المجتمع .

أما في المجتمعات القديمة كان الحال مختلفا تماما حيث لم يكن هناك تمييز في هذه المرحلة بين الدين والأخلاق والقانون . وهذا ما أدي الي اختلاط كل هذه القواعد ببعضها سواء من حيث النطاق الخاص بها أو من حيث نوعيه الجزاء الذي يوقع علي من يخالفها .

– ولذلك سبق لنا أن وجدنا أن المجتمعات القديمه تطبق عقوبات ذات صبغة دينية علي من يخالف قاعدة قانونيه أيا كانت طبيعتها . فرجال الدين كانوا يوقعون عقوبات دينية مثل الطرد من حظيرة الديانة أو استنزال لعنة الالهة علي من يخالف ما يصدرونه من أحكام ، ونفس الجزاء كان يطبقه رئيس الجماعة علي أفراد جماعته قبل اندماج الجماعات في بعضها وتكوين الدولة .

وحتي بعد ظهور فكرة الدوله ، وقيامها بحفظ النظام داخل المجتمع ، ظلت فكرة العقوبه الدينية قائمة في بعض المجتمعات فالقانون الروماني يوقع في بعض الحالات جزاءاً دينياً بجانب الجزاء المدني علي من يخالف قاعده قانونيه . فعقوبه الحرمان من النار المقدسه يترتب عليها جزاءا دينيا يتمثل في الحرمان من هذه النار ومن ماء التطهير ، ويحرم عليه دخول المعابد أو تقديم القرابين .

وبالاضافه إلي ذلك يترتب عليها جزاءا مدنيا يتمثل في فقده للجنسيه الرومانيه ومن ثم خروج أبناءه الأحرار من تحت سلطته كما لو كان ميتا [١] .

وتتجلي فكره إزدواجية الجزاء في النظم القانونية القائمه علي فكرة الديانه . فالقانون اليهودي عرف عقوبة الحرمان بنوعيها (الصغير والكبير) وهي عقوبة دينية تؤدي إلي إهدار دم ومال الشخص ، بالإضافة إلي منع دفنه في مقابر اليهود ولا تتلي عليه الصلوات المباركة عند الدفن [٢] .

وفي الشريعة الإسلاميه نجد أن كافة الجرائم ، وخصوصا الجرائم الحدية ، لها جزاءات دنيوية مثل الجلد أو القطع ، بالاضافة الي جزاءات دينية تتمثل في العقاب الذي يتوعد الجاني في الآخره .

٢ - الطابع الشكلي للقانون :

ترتب علي إختلاط القانون بالدين ، صبغ القواعد القانونيه الصعبة الشكلية التي تقتضي التلفظ بألفاظ معينة أو القيام بأعمال محددة حتي يقع التصرف صحيحاً وإلا عد باطلا .

فالتصرفات القانونية لا تتوقف صحتها علي الإرادة الصحيحة للأطراف المعنية فحسب (كالبائع والمشتري ، والمؤجر والمستأجر)

---

(١) د./ صوفي أبو طالب - المرجع السابق - ص ١١١ ، ص ١١٦ .

(٢) د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ١٣٣ .

وانما تطلب فوق صحة الإرادة أن تصب هذه التصرفات في قوالب شكلية معينة ، مصحوبة باجراءات معينة بالذات . فاذا ما حدث أي خطأ في الصيغة أو الاجراءات يترتب عليه ابطال التصرف القانوني وعدم انتاجه لآثاره المرجوه منه [١] .

ويرجع ذلك كله الي الأصل الديني لهذه الصيغ والاجراءات ، والتي جعلت من التصرفات القانونيه شيئا هو أقرب ما يكون الي الطقوس الدينيه منه الي العمل المادي ولذلك فإنه اذا ما تمت هذه الطقوس صحيحه فان التصرف ينتج اثاره القانونيه حتي ولو كانت إرادة أحد الأطراف معينه بعيب من عيوب الإراده كالغلط أو الإكراه أو التدليس واذا رجعنا الي الشرائع القديمه لنقف علي كيفيه إبرام التصرفات القانونيه ، سيتضح لنا مدي التأثير بالشكليه الدينيه الصارمة في إبرام هذه التصرفات وكيفيه تنفيذها .

ففي القانون الفرعوني علي سبيل المثال نجد أن عقد الزواج يتطلب الكتابه بإعتبارها شرطا ضروريا لإبرام عقد الزواج بل أن البعض من الباحثين ذهب الي اعتباره شرطا لانعقاد عقد الزواج . ونظرا للدور الذي لعبته الديانه في مصر القديمه فإن الزواج في بداية عهد الدوله الفرعونيه كان زواجا دينيا ، ولذلك فقد كان الزواج يتم في المعبد (معبد إله المدينه) علي يد كاهن المعبد الذي يلزم الزوجين

---

(١) د./ أحمد حسن - المرجع السابق - ص ١٨ ، د./ محمد على الصافوري - المرجع السابق ص ٥٩ .

بإتباع إجراءات معينه مثل سؤال الكاهن للزواج « هل ستحبه كإمرأة في مركز الشريكة ، كأم قابله لنقل حقوق الأسرة أيها الأخ » [١].

واذا نظرنا الي القانون الروماني سنجد انه إستلزم شكلية معينه في إبرام العديد من العقود ، مثل الإشتراط الشفوي والأشهاد والدعوي الصورية وغيرها .

- كما تتضح الشكليه الدينيه في المجتمعات القديمة بصورة واضحة في مجال الأحوال الشخصيه ، إذ أن كثيرا من عقود الزواج في كثير من الشرائع القديمه وأيضا الحديثة التي تجعل الدين هو المصدر الأول لأحكام الأحوال الشخصيه تتصف بالصفة الشكليه حيث يجب أن يتم العقد في المعبد وعلي يد كاهن مع التلفظ بعبارات محدده وقانوننا المصري الحديث قد ترك مجال الأحوال السخصيه برمته للشريعه الإسلاميه تنظمه وفقا لأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبو حنيفه .

٣- جواز الاحتكام الي الالهه مباشره .

ترتب علي إختلاط القانون بالتقاليد الدينيه ، اعتبار القانون

---

(١) مؤلفنا - القانون الفرعوني - الندى للطباعة - شبين الكوم - ١٩٩٧ - ص ٢١٤ ، حيث قد أشرنا في الهامش الي ما قاله مونتييه عن اصطباغ الزواج بالصبغة الدينية حيث يقول : « يبدوا من المستحيل أن تكون الديانة قد طرحت جانباً بالنسبة لعقد في أهمية الزواج ، ولهذا فإنني أفترض رغم عدم وجود وثيقة مؤيدة - أن الزوجين وربما جميع أقاربهما كان الى معبد إله المدينة ويقدمان قربانا ويحصلان علي البركة »

وحي إلهي يتم تبليغه عن طريق الكهنه أو القضاه بإعتبارهم يلعبون دور الوسيط بين الإلهة والناس . فالآلهه وحدها هي القادرة علي إظهار الحق وتحديد صاحبه وبناءاً علي ذلك فقد كان القضاه يحتكمون إلي الآلهه مباشره لبيان وجه الحق في النزاع المعروض عليهم ، وغالبا ما يتم ذلك في صوره المحنه إعتقادا منهم بأن الالهه ستقف بجانب صاحب الحق وتنصره ، ومن أمثله المحنه القاء المتهم في البحر إن نجا من الغرق أعتبر بريئا [١] .

ولقد عرفت أغلب الشعوب القديمه هذه الاجراءات ، وبصفه خاصه المحنه ، إذكان يعترف بها قانون مانو الهندي كما كان يأخذ بالمحنه القانون الأغريقي القديم ، وكذلك القانون الإنجليزي طيلة العصر الأنجاوسكسوني .

- وكان الإحتكام الي الآلهه معروفا في القرون الوسطي في أوروبا ، وكان يعد نظام المبارزه من أهم تطبيقاته ، فكانت المبارزه القضائيه معترفا بها كوسيله للإثبات ومن ثم كوسيله لفض النزاع ، فعند تعذر الوصول إلي الحقيقه في النزاع المعروض أمام القاضي كان يلجأ الطرفان المتنازعان إلي المبارزه في ساحه المملكه ، معتقدين أن العنايه الإلهيه ستتدخل لنصره صاحب الحق منها[٢] .

فهذه الاجراءات ذات الطابع الديني كان الغرض منها - في كل الشعوب التي عرفتها - معرفه رأي الآلهه القادره وحدها علي إظهار

---

١) د./ أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٢٠ .

فايز حسين - المرجع السابق - ص ص ١٣ .

الحقيقه ، ومن يفشل في الإختبار يخسر دعواه لصالح خصمه دون البحث في موضوع النزاع ، كما أن هذه الاجراءات لم تكن قاصره علي المسائل الجنائيه بل كانت تشمل المسائل المدنيه أيضا . فالذي كان يخسر المحنه يفقد حقه في المسائل المدنيه أو يعد هو الجاني في المسائل الجنائيه .

٤- جمود القواعد القانونيه :-

أدت نشأه القانون الدينيه إلي جمود قواعده ، وعدم تطويرها ، نظرا لأن الإنسان لا يملك القدره علي تفسيره أو تطويره نظرا لعدم صدوره منه ، وانما سلطه تفسيره وتطويره تكون للإله ، مصدر القانون فقط وقاصرا عليه (١).

ولذلك اذا شعر المجتمع بحاجه ماسه الي تعديل قواعده القانونيه لتتلائم مع تطوره الإجتماعي والإقتصادي ، فإنه لا يعمد إلي إلغاء القواعد القانونيه وإستبدال غيرها بها ،بل نجده يبقي القواعد القديمه ويحاول تفسيرها بحيث تصبح صالحه لحكم المجتمع في ظروفه الجديده أو يصدر قانونا جديدا يفي بالغرض المطلوب دون أن يتعرض صراحه لإلغاء القانون القديم .

- وطابع الجمود هنا ليس طابعا عاما في كل النظم القانونيه القائمه علي فكره الدين ، بل إنه طابع خاص ببعضها دون البعض

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

الاخر ، وكان مبعث الجمود هذا يرجع الي إعتبار النظم القانونيه سرا خفيا لا يطلع عليه ولا يصح أن يعلم به إلا طبقه الكهنه ، ومن أمثله هذه النظم القانون الروماني الذي يتصف بالشكليه والجمود أغلب فترات حياته ، نظرا لمصدره الديني- يبقون قوانينهم القديمه ويضيفون إليها القوانين الجديده المطلوبه ، ويستمر كل من القانون القديم والجديد واجبا التطبيق ، وعلي عاتق رجال الدين نقع مهمه رفع التناقص بينهما ، ولذلك لم يلغي قانون الألواح الإثني عشر ما سبقه من قوانين كالقوانين الملكيه ، بل ظلت قائمه التطبيق ، وفي بعض : الحالات يبقون القانون القديم ويغيرون في بعض أحكامه حتي تساير الظروف الجديده في المجتمع . كما حدث بالنسبه لقانون الألواح الإثني عشر الذي ظل قائما كأساسا للقانون الخاص والعام واستمرار العمل به رغم تغيير العديد من أحكامه (١).

- واذا نظرنا الي القانون الفرعوني نجد أنه أيضا كان قانونا جامدا نظرا لمصدره الإلهي ، إذا أن تطوير قواعده كانت من إختصاص الملك الإله نفسه .

إلا أن القانون الفرعوني - مع ذلك - قد تطور تبعا لإحتياجات المجتمع الفرعوني ، وكانت سلطه التعديل والتطوير بيد الملك الإله بماله من سلطة إلهيه ، تجعله قادرا علي التعديل . بالإضافه إلي ذلك فإنه كان يملك سلطه التطوير للقواعد القانونيه القائمه إستنادا إلي

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٢٢

فكره العداله « معات » التي كانت تدفع الملوك في كثير من الأحيان إلي تطوير القوانين بما يتلائم مع الظروف الجديده ، ومع مقتضيات العداله « معات » [١] .

– واذا نظرنا إلي النظم القانونيه القائمه علي الأديان السماويه ، سنجد أنها قد خولت الإنسان سلطه تطوير أحكامها بما يتلائم مع الظروف المختلفه للمجتمع ، سواء كانت سياسيه أو اقتصاديه أو اجتماعيه أو ثقافيه ...الخ

فالشريعة الإسلاميه علي سبيل المثال ، نجد أنها في فترات نزولها علي الرسول عليه الصلاة والسلام كانت تنزل بمناسبة حوادث وقضايا معينة تقع في المجتمع ، وظل الوحي ينزل من السماء حتي اكتمل بوفاة الرسول صلي الله عليه وسلم . ومن ثم فلا يجوز تعديل ولا إكمال ولا إبطال الأحكام المتصله بالعقائد .

أما الجانب المتصل بالمعاملات فقد تركت الشريعه للإنسان تطويره باستخدام وسائل عقليه مستنده إلي أسس العقيده الإسلاميه ولذلك نجد أنه بجانب القرآن والسنه كمصادر أساسيه للفقه الإسلامي نجد الإجماع والقياس والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسله ، والعرف تستخدم كمصادر احتياطيه لتطوير الفقه

---

(١) د./ فايز حسين – نشأة فلسفة القانون – دار النهضة العربية – سنة ١٩٩٧ – المبحث الأول

الإسلامي بما يساير ظروف المجتمع الإسلامي .

٥ - إختيار الحاكم :

في المجتمعات الحديثه التي تنعم بالديمقراطيه، نجد أن السياده متروكه للشعب، بحيث يكون له حريه إختيار حكامه وممثليه بمحض إرادته .

أما في المجتمعات القديمه ،نجد أن العقائد الدينيه قد تركت فيها أثرا واضحا ، فقد كانت عضدا للحكام والملوك الذين كانوا يستخدمون سلطتهم وشرعيتهم من تلك الديانه التي سادت الحضارات المصريه والبابليه والفارسيه والهنديه والصينيه واليونانيه والرومانيه (١) . ومن ثم لم يكن للشعوب دخل في إختيار حكمها ، بل كان الأمر متروك للديانه باعتبار أنها هي التي تضع القواعد التي يتم على أساسها اختيار الحاكم ،وهي التي تحدد الحالات التي يمكن فيها عزله ، ولذلك إنتشرفى الشرائع الشرقيه المبدأ القائل بأن الحاكم لا يحكم بإسم الشعب ولا بإسم زعمائه وانما بإسم الديانه .

---

(١) د./ بكر مصباح تنيره - تطور الفكر السياسى فى العصور القديمة والوسطى - جامعة قار يونس - بنغازى - ليبيا ، سنة ١٩٩٨ - ص ٤٠ حيث قد أشار الي ما قاله سقراط عن الطبيعة الإلهية للحكام ، حيث قال : « إن عبادة الأصنام نافعة للملك ضارة بسقراط ، لأن الملك يصلح بها رعيته ، ويستخرج بها خراجه ، وسقراط يعلم أنها لاتضره ولا تنفعه ، إذا كان مقراً بأن له خالقاً يرزقه ويجزيه بما قدم من سيئ أو حسن » .

٦ - الدين كمعيار للتمييز بين الوطنى والأجنبى:

أن التشريعات الحديثه تفرق بين الوطني والأجنبي علي أساس قانون جنسيه كل دوله ، وتقوم فكره الجنسيه علي أساس الولاء السياسي بصرف النظر عن الديانه ، فكل دوله تحدد عن طريق تشريعاتها من هم الوطنيون ، فيكون من غيرهم من الأجانب ،وبناء علي ذلك تختلف حقوق المواطنين عما يتمتع به الأجانب من حقوق ، حيث لا يتمتع هؤلاء بكثير من الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون وخاصه حقوق القانون العام (حق الترشيح في المجالس النيابيه - من الإنتخاب .. الخ)

- أما في العالم القديم فقد كانت الديانه هي أساس التفرقه بين الوطني والأجنبي ، نظرا لقيام المجتمعات القديمه علي وحده الدين ، ونظرا لأن الأجنبيي لا يشترك في العباده ، فإنه لا يستفيد من قانونها ولا يخاطبه به ، ولذلك نجد سيادة مبدأ شخصيه القوانين سائدا في المجتمعات القديمه ، فالدين لا يخاطب سوي الأشخاص المؤمنين به ، ولا يمارس طقوسه سوي أتباعه ، ومن ثم لا ينصرف قانونه إلا إلي مواطني الدوله التي ينتمون إليه .

ورغم إنفصال الدين عن القانون في بعض المجتمعات القديمه إلا أن اثار هذه الإرتباط ظلت قائمه . ومن أمثله ذلك القانون الروماني، فعلي الرغم من إنفصال الدين عن القانون في المجتمع الروماني فإن روما ظلت تربط السلطه بأساس من دين ، ال٩دوله بحيث يجب أن يفي المواطنون بالولاء له ، ولقد عددين الدوله هو

أسـاس النظـام العـام ، ولذلك وقـفت أجـهزة الدوله موقـف العداء من المسيحيين وإعتبرت معتنقيها مرتدين تنالهم عقوبه الإعدام أن هم أبوا العودة الي دينها الوثني .

وحتي بعد أن إعتنقت روما الديانه المسيحيه ، وإعتبرتها دين الدوله الرسمي ، فإنها ظلت تفرق بين الوطني والأجنبي علي أساس من الدين علي الرغم من أن الديانه المسيحيه تدعوا إلي عدم التفرقه بين الوطني والأجنبي أو بين الحر والعبد .فالمشرع الروماني قد إعتبر غير المؤمن الذي لا يعتنق دين الدوله الرسمي في حكم الأجنبي الذي لا يتمتع بالأهليه القانونيه (١) .

– واذا كانت الظروف الإقتصاديه والسياسه للمجتمعات القديمه قد إضطرتها إلي التعامل مع الأجانب ، فإن الديانه قد وقفت حجره عثره في سبيل المساواه التامه بين المواطن والأجنبي ، فقد كانت أثينا وروما تستقبل الأجنبي إستقبالا حسنا وتحميه لأسباب تجاريه أو سياسيه ، ولكن هذه المعادله لم تستطع الغاء القوانين القديمه التي أقامتها الديانه ولم تكن هذه الديانه تسمح له بأن يكون مالكا ، اذا أنه لم يكن يستطيع أن يكون له نصيب في الأراضي الدينيه للمدينه ، ولم تكن تسمح للأجنبي أن يرث المواطن ولا للمواطن أن يرث الأجنبي ، اذا أن كل إنتقال للأملاك كان يجر وراءه إنتقالا للعبادة وكان يستحيل علي المواطن أن يقوم بعباده الأجنبي ، كما كا يستحيل علي

(١) د./ أحمد حسن – المرجع السابق – ص ٢٢ .

الأجنبي أن يقوم بعبادة المواطن (١) .

وإذا نظرنا الي فقهاء المسلمين سنجد أنهم قد أستندوا الى فكرة الديانة كمعيار للتمييز بين الوطنى والأجنبى ، فقد قسموا العالم الى قسمين : دار الإسلام ، ودار الحرب ، أما دار الإسلام فتضم جميع الشعوب التى تدين بالإسلام ، ودار الحرب تضم جميع الشعوب التي لاتنتمى للإسلام (٢) .

بيد أن فقهاء المسلمين لم يعتبروا الديانة الإسلامية جنسية الدولة الإسلامية ، ومن ثم لاتحدد الأهلية القانونية للشخص ، فلم يشترط الفقهاء المسلين لإعتبار الدار دار إسلام إلا حكمها من قبل المسلمين ، وتطبيق أحكام الإسلام فيها . فليس من شروط دار الإسلام أن يكون كل أهلها من المسلمين . فإلى جانب المسلمين يوجد فى دار الإسلام الذميون والمستأمنون الأجانب . فالذميين يرتبطون مع الدولة برباط عقد الذمه ، ويحملون جنسيتها على هذا الأساس ، أما المسأمنون فهم الأجانب فى دار الإسلام ويرتبطون مع الدولة بعقد الأمان المؤقت ، وعلى أساسه يقيمون مؤقتاً فى أقليم الدولة بدون أن يحملون جنسيتها (٣) .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٢٠ .

(٢) فتاوى وإختيارات ابن تيمية - ح - ص ١/١٥ ، حيث يقول « بلاد الإسلام بمنزلة البلدة الواحدة » وهو مايعني إستناده الي فكرة الديانة كأساس للتفرقة بين الوطني والأجنبى .

(٣) عبد الكريم زيدان - مجموعة بحوث فقهية ، بغداد سنة ١٩٨٦ ، ص ٥٠ ومابعدها .

- ومن هذا يتضح أن فقهاء المسلمين لم يربطوا بين جنسية الدولة الإسلامية والعقيدة الإسلامية ، خلافاً لكثير من شرائع المجتمعات القديمة .

الفصل الثانى

أثر الدين فى الأنظمة القانونية

أن الإنتقال من مرحلة القوة الي مرحلة التدوين قد أحدث أثراً فى الأنظمة القانونية السائدة فى المجتمع . فقد حل الدين محل القوة فى تنشئة الحق وحمايته ، وهذا ما أثر علي معظم النظم القانونية التي ظهرت في عصر التقاليد الدينية . وهذا ماسنعرض له من خلال المبحثين الأتيين : –

المبحث الأول : أثر الدين علي نظم القانون العام .

المبحث الثانتى : أثر الدين على نظم القانون الخاص .

المبحث الأول

أثر الدين على نظم القانون العام

كان للدين فى المجتمعات القديمة تأثيراً كبيراً على نظم القانون العام ، سواء ماتعلق منها بنظام الحكم أو بالتجريم والعقاب . وهذا مانعرض له فى المطلبين الآتيين : –

المطلب الأول

نظـــام الحكـــم

يقصد بنظام الحكم ، كيفية ممارسة السلطات السياسية داخل

المجتمع . وبالرجوع الى المجتمعات القديمة سنجد أن نظام الحكم قد إرتبط بالتركيبة الإجتماعية للمجتمع . ففى المراحل الأولى كانت تأخذ التركيبة الإجتماعية صورة القبيلة بإعتبارها وحدة اجتماعية واقتصادية وسياسية . فكانت تعد وحدة اجتماعية حيث أنها كانت تضم عدد من الأفراد تجمع بينهم الرغبة فى العيش معاً ، بالإضافة الى وجود صلة القرابة بينهم فى أغلب القبائل . وهى تعد وحدة إقتصادية نظراً لإشتراك جميع أفرادها فى الأنشطة اللازمة لحصول الجماعة أو القبيلة على إحتياجاتها المختلفة من طعام وشراب وكساء . وهى تعد وحدة سياسة نظراً لإنقسام أفرادها إلى حكام ومحكومين . أما الحكام فهم شيخ القبيلة ومجلس القبيلة . أما المحكومين فهم بقية أفراد القبيلة .

وعلي ذلك فإن نظام الحكم القبلى كان يقوم علي مؤسستين فقط هما : شيخ القبيلة ومجلس القبيلة .

أما شيخ القبيلة فهو عادة مايكون أكبر أفراد القبيلة سناً أو أكثرهم حكمـــه أو أقدرهم على مجابهة الحروب والشدائد أو أكثرهم مالاً وولداً .

وكان يعد شيخ القبيلة بمثابة الكاهن الأكبر ، أو الرئيس الأعلي للديانة . فهو الذى يتولى شئون المعابد وتقديم القوابين ويقوم على أمور العبادة . وهو الواسطة بين الآلهة وبين أفراد القبيلة .

كما أنه هو الذى يقود القبيلة فى حالة الحرب . فهو الذى يعلن

الحرب أو ينهيها أو يعلن الهدنة . كما أنه هو الذى يمثل القبيلة أمام القبائل الأخرى . كما أنه يتولي الفصل فى الخصومات الهامه بمعاونة رجال الدين خاصة من كان منهم من أرباب الأسر أو شيوخ العشائر المكونين للقبيلة [١] . كما أنه هو الذى يتولى توزيع أرض القبيلة علي الأسر والعشائر .

– والأصل أن شيخ القبيلة يستمر فى منصبه مدى حياته إلا إذا إعتراه عارض ويمنعه من القيام بالمهام المناطة به فيخلفه من هو أجدر بالقيام عليها . والغالب أن يكون شيخ القبيلة من أسره تعرف لها القبيلة شرف الأصل ، وتبقى الرئاسة فى هذه الأسرة تنتقل فى فروعها إذا ماتوافرت فى هذه الفروع الصفات الشخصية السابق بيانها .

– ويعاون شيخ القبيلة فى حكمها مجلس القبيلة التى يتكون من شيوخ العشائر أو أرباب الأسر المكونين للقبيلة .

وهذا المجلس استشارى لشيخ القبيلة يستطلع رأيه فى المسائل المختلفة التي تهم القبيلة .

وإذا كان شيخ القبيلة ومجلسها هما اللذان يتوليان أمور القبيلة فإن ذلك لايحرم الأفراد من حضور جلسات مجلس القبيلة والمشاركة فى إتخاذ القرارات الهامة التي تهم القبيلة .

– وفى أواخر مرحلة التقاليد الدينية بدأت تظهر فكرة الدولة ،

---

(١) د./ محمد علي الصافوري - المرجع السابق - ص ٦٤ .

ـث قد بلغت حياة الجماعة قدراً كبيراً من الأستقرار وتحددت معالمها البشرية والجغرافية ، وتوافر لها مقومات الدولة سواء من حيث الشعب أو الأقليم أو السلطة الحاكمة .

وتختلف الدولة عن القبيلة من ناحيتين ، الأولى هي أن الأقليم عنصر أساسى من عناصر الدولة بينما هو ليس عنصراً فى القبيلة إذ قد تقوم حياة القبيلة علي الترحال الدائم ، وبالتالى عدم الأستقرار فى إقليم معين . والثانية هي الإعتراف للفرد فى ظل الدولة بكيان مستقل عن كيان الجماعة ، بينما فى ظل القبيلة كانت شخصية الفرد مندمجة فى شخصية الجماعة ، فلا يكون له من ثم شخصية مستقلة عن كيان القبيلة .

– وقد إختلف الشراح حول أصل نشأة الدولة . فمنهم من أرجعها الي وحدة الديانة (المذاهب التيوقراطية) ومنهم من أرجعها الي القوة ، ومنهم من أرجعها الي العائلة ، ومنهم أخيراً من أرجعها الي التطور التاريخى أو الطبيعى .

– فالذين أرجعوا نشأة الدولة الي وحدة الديانة ، يرون أن السلطة مصدرها الله وإن الدولة إنما هي نظام إلهى ، أى من صنع الله [١] .

---

(١) الأستاذ الدكتور / عبد الحميد متولى – أصل نشأة الدولة – مجلة الحقوق – جامعة الأسكندرية – سنة ١٩٦٤ – ص ٣ – وإذا كان أنصار وحدة الديانة قد إتفقواص حول أصل الدولة الإلهى ، فإنهم قد إختلفوا فيما بينهم حول هذا الأصل . فريق منهم يأخذ بنظرية الحق الإلهى المباشر التي تنادي

=====

– أما الذين يرجعون أصل نشأة الدولة الي القوة يرون أن الدولة من صنع العنف ، فهى تقوم على أساس حق الأقوى معتمدين في ذلك على تاريخ بعض الدول التى قامت على أساس من القوة كالدول الأوربية ودولة بابل وآشور ودولة الفرس والحيثيين . حيث أن الحياة فى ظل الجماعات وخاصة فى ظل القبيلة التي كانت تقوم علي الترحال الدائم بحثاً عن المقومات الإقتصادية للجماعة . وحيث كانت الحرب أو غزو الجماعات الأخرى أحد وسائل الحصول على هذه المقومات . فقد ترتب علي ذلك أن استطاعت بعض الجماعات القوية من السيطرة على الكثير من أراضى الجماعات الضعيفة وإخضاع أصحابها لنفوذها . وهكذا تكونت دولاً وامبراطوريات ظلت قائمة طالما ظل حكامها محتفظين بقوتهم .

وكانت تزول بزوال هذه القوة ، ولذلك فقد إعتبر أنصار هذه النظرية أن أصل نشأة الدولة يرجع الي القوة وأن الدين يلعب دوراً مساعداً فقط .

– وأما الذين يرجعون أصل نشأة الدولة الي نظرية العائلة ، فإنهم يرون أن الجماعة البدائية الأولى – فى أقدم عصور تاريخ

= بأن الدولة كانت من صنع الله بطريقة مباشرة وأن الله قد أختار الملوك مباشرة لحكم الشعب . أما الفريق الثانى فيأخذ بنظرية الحق الآلهى غير المباشر ، والتى تنادى بأن الدولة من صنع الله بطريقة غير مباشرة ، وأن الله لايتدخل مباشرة لإختيار السلطة الحاكمة وإنما يتم تدخله بطريقة غير مباشرة أي عن طريق توجيه الحوادث وإرادة البشر توجيها من شأنه أن يؤدى الي ذلك الإختيار .

بشرية - إنما كانت العائلة ، ثم إجتمعت بضع عائلات فكونت عشيرة أو قرية ، ثم أدى إجتماع بضعة عشائر الي تكوين قبيلة ، ثم أدى إجتماع مجموعة من القبائل إلى تكوين مدينة (دويلة) (١) . فتلك الجماعات التي تجمع بينها روابط وحدة الجنس والأصل واللغة والعادات والمعتقدات والمصالح المادية والأدبية ، أو تجمع بينها بعض تلك الروابط ، تلك الجماعات تطور عادة تطوراً متشابهاً وإن إختلف الزمان والمكان . وحين تصبح تلك الجماعات ذات صبغة دائمة وتستقر على بقعة معينة من الأرض ويصبح لها طابع خاص تتميز به عن الجماعات الأخرى فإنها تصبح حينئذ أمماً . وحين تنشأ فى تلك الأمة سلطة سياسية عليا حاكمة فإنها تصبح حينئذ دوله .

- وأما الذين يرجعون أصل نشأة الدولة الي التطور الطبيعى للأشياء ، فإنهم يرون أن كل أمة تتكون وتتطور تطوراً طبيعاً طبقاً لظروفها الخاصة وبناءاً علي عوامل متعددة ، مكونة دولة (١) ، فالتطور الطبيعى للأشياء أدى الي ظهور الأسرة الأبوية ، حيث السلطة فيها للأب ، وأنه من اتحاد عدد من الأسر تكونت العشيرة .

ومن اتحاد عدد من العشائر تكونت القبيلة . ومن إتحاد مجموعة من القبائل تكونت مدينة . ومن إجتماع عدة مدن تكونت الدولة (٢) .

---

(١) د./ عبد الحميد متولي - المقالة السابقة - ص ٣٤ .

(٢) د./ عبد الحميد متولي - المقال السابق - ص ٣٦ ، حيث أشار الي ما قاله

والغالبية العظمى من الفقهاء يؤيدون نظرية التطور الطبيعى نظراً لأنها تتفق مع التطور التاريخى ومع المنطق .

وبتكوين الدولة انتقلت سلطة الحكم من شيخ القبيلة إلى الحاكم الذى أختاره أفراد الشعب بحيث أصبح يبسط نفوذه علي سائر القباذ والأقاليم التي تتبع الدولة .

ويتم اختيار هذا الرئيس من قبل أفراد الشعب ، أي لايصل الي الحكم عن طريق القوة أو استناداً الى حق إلهى مزعوم . ولهذا فقد تمتع الأفراد ببعض الحقوق السياسية التي تكفل مشاركتهم فى أمور الحكم والسياسة . وبزغت قيم الديمقراطية والمساواة والحرية بين المواطنين . وتراجع دور القوة لينحصر فى حفظ النظام داخلياً وخارجياً . أما الدين فقد لعب دوراً هاماً فى توحيد أفراد الشعب حول عبادة واحده يشتركون فيها جميعاً ، مع احتفاظ كل أسرة

= بارتلمي عن نشأة الدولة ، حيث قال « ان اجتماع مجموعة من الأفراد وتكوين دولة هو ظاهرة من الظواهر المعروفة فى كل زمان ومكان ، وهى من الظواهر التي تعبر عن إحدى خصائص النفس البشرية وهى خاصية أو غريزة حب الإجتماع . فإجتماع الأفراد لتكوين دولة إنما هو أمر لايرجع لحكم المصادفات أو لمجرد تحكم شهوات الجماعات وإنما هو أمر طبيعي يرجع حدوثه لأسباب أو ظروف طبيعيه ، ولا يكفي من أجل إنشاء الدولة أن تجتمع مجموعة من الأفراد ويعيشون معا ويقطنون فى بقعة معينة من الأرض ويخضعون لقوانين واحدة تصدر عن سلطة عليا واحدة ، وإنما يجب أن يوجد بين أفراد تلك الجماعة قدر مشترك من وحدة الجنس واللغة والدين والمدنية والعادات العامة والخاصة والتنظيم الإجتماعى والسياسى والإقتصادى والعائلى ، ويجب فوق ذلك أن تكون تلك الروابط قد توطدت تحت تأثير مرور الزمن » .

بعبادتها الخاصة ، والتى كانت تتمثل فى الغالب الأعم فى عبادة الأسلاف .

المطلب الثانى

نظام التجريم والعقاب

يقصد بنظام العقوبات الجزاءات التي توقع علي الفرد فى حالة إرتكابه فعلاً يجرمه القانون . فالعقوبات ترتبط بالجرائم .

وفي عصر التقاليد الدينية إتسع نطاق الجرائم العامه لتشمل صوراً جديدة لم تكن معروفة من قبل ، كجرائم المساس بهيبة شيخ القبيلة أو المحاكم وجرائم الإعتداء على الآلهة والهروب من المعارك والخيانة العظمى ... الخ .

كما إتسع نظام الجرائم الخاصة ، وهى الجرائم التي تمس الأفراد أنفسهم (كالقتل والضرب أو الإيذاء أو حبس رجل تم بيعه علي أنه رقيق) ، أو فى أموالهم (كالسرقة وخيانة الأمانة والإتلاف ... الخ) .

- ولن يطول بنا المقام هنا لسرد كافة أنواع الجرائم والعقوبات التي كانت تسود فى مرحلة التقاليد الدينية ، ولذلك سأقتصر على تبيان بعض النظم العقابية التي تأسست على فكرة الدين :

١ - الحرمان الكبير والصغير عند اليهود :

أن هناك عقوبيتين قد عرفتهما شريعة اليهود هما الحرمان

الكبير والصغير. ويقصد بالحرمان الصغير إبعاد المحكوم عليه بها عن جماعة اليهود . ومن ثم منع التعامل معه أو محادثته ، ومنع دخوله المعابد .

وتفرض هذه العقوبة على من يرتكب جريمة ضرب أو يعصى الحكم أو يقاوم القضاة أو من يرتكب غشاً فى السلع الغذائية . كما يطبق فى جرائم السرقة والإتلاف .

ويجري تطبيق هذه القعوبة بحضور الجانى ساحة المحكمة فى أحد أيام الغفران ويصدر الحكم بها بعد صلاة الصبح فى المعبد وينطق القاضى بالحكم فى الصيغة الآتية : « بما لى من السلطة الدينية التى منَّ بها على القادر علي كل شئ رب ابراهيم وإسحاق ويعقوب ، وعملاً بكتابه العزيز الذى أنزله على رسوله موسى عليه السلام فقد حكمن على فلان بن فلان بالسخط والإنعزال عن الطائفة الإسرائيلية لإرتكابه جريمة كذا وأمرت بتحريم دخوله المعبد وإبعاده عن الطائفة حتى يتوب ويقوم على ماوقع فيه من الجناية » [١].

– إما الحرمان الكبير فهى عقوبة مماثلة للحرمان الصغير ، ولكنها تختلف عنها من حيث شدتها وقسوتها . ولهذا لايحكم بها إلا بعد استتابه الجاني فى ثلاث مرات فى ثلاثة أيام متتالية فإن تاب لم يحكم ضده وإلا وقع عليه الحكم والحكم بها يمنع المحكوم عليه من دفنه فى مقابر اليهود ولا يكفن وتصبح أمواله مباحه . وهذه العقوبة

---

(١) د./ سليمان هاشم – العقيدة والقانون – القاهرة – داو النهضة العربية – ص ١٨٨ ومابعدها .

ـع علي من يرتكب جريمة التعدى على الأرملة ، أو اليمين الباطلة ، و القذف والسب (١).

٢ - *الجرائم الدينية فى مصر الفرعونية* :

كان إحترام المصريين لعقائدهم الدينية ومقدساتهم وشعائرهم مؤدياً الى تجريم كل مايؤدى الى الدساس بها . ولذلك كان يعاقب من يعتدى عليها بأشد العقوبات - ومن هذه الجرائم .. قتل أحد الحيوانات أو الطيور التي كان يقدسها المصريون . إذ كانت تعتبر هذه الجريمة من الجرائم العظمي التي تعرض مرتكبها لعقوبة الإعدام. ومن هذه الجرائم أيضاً جريمة الإعتداء على القبور ونهب محتوياته. فقد رأى المجتمع المصرى فى هذه الصورة من الإعتداء جريمة لاتغتفر لاسيما إذا كان القبر المعتدى عليه لأحد الملوك أو الأمراء أو النبلاء أو كبار رجال الدولة . ومنها أيضاً الإعتداء على أحد المعابد أو حتى على أملاكه الخاصة . إذ يعد فعل الإعتداء هذا جريمة قد تعرض مرتكبها لعقوبة الإعدام (٢).

- ***خلاصة القول*** أن التعاليم الدينية فى هذه المرحلة قد أثرت الى حد كبير علي النظم المختلفة للقانون العام سواء ماتعلق منها بنظام الحكم أو نظام التجريم والعقاب .

---

(٢) د./ سليمان هاشم - المرجع السابق - ص ١٨٩ ، د./ فايز حسين ، المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٣) د./ فتحى المرصفاوى - تاريخ القانون المصري - دراسة وثائقية - ١٩٨٣ - ص ١٢٢ .

المبحث الثاني

أثر الدين علي أنظمه القانون الخاص

كان للدين أيضا تأثيراً كبيراً علي بعض نظم القانون الخاص بل ظل تأثير الدين قائما علي بعضها حتي الآن . ومن أمثله ذلك نظام الزواج والميراث والوصيه والوقف ، وكذلك نظام الملكيه.

(١) تأثير الدين علي بعض أنظمه الزواج والميراث والوصيه .

كان للأفكار الدينيه أثرها في زيادة وعي الأفراد بحقيقه العلاقات الإجتماعيه ، وبصفه خاصه العلاقات الزوجيه وتحديد دور كل من الرجل والمرأه في هذه العلاقات .

ففي القانون الفرعوني نجد أن الديانه كان لها تأثيرا كبيرا علي طابع الزواج . إذ كان يستلزم القانون الفرعوني إبرام الزواج في المعبد (معبد إله المدينه) ، وعلي يد كاهن من كهنه المعبد الذي يلزم الزوجية بإتباع اجراءات معينه مثل سؤال الكاهن للزوج « هل ستحبها كإمرأه في مركز الشريكه ، كأم قابله لنقل حقوق الأسره أيها الأخ » [١] وإن كان الزواج في مصر الفرعونيه قد إتخذ في نهايه

(١) انظر مؤلفنا « تاريخ القانون المصرى – القانون الفرعونى – ١٩٩٧ – ص ٢١٤ ، حيث قد أوردنا ماقاله ريفييو ، من أن الزواج فى مصر كان فى بادئ الأمر زراجادينيا تتم اجراءاته داخل المعبد تحت اشراف الكاهن ، وكان الكاهن يساهم بصوره إيجابيه فى إبرامه عن طريق سؤال الزوج المقبل عما إذا كان مستعد الآن يحب المرأة كزوجه معطاه قلبا كأم تنقل حقوق الاسره » .

المطاف طابعا مدنيا يتم برضاء كل من الزوج والزوجه ، دون الوقوف علي إتباع اجراءات معينه .

– وفي الشريعه اليهوديه ، نجد تأثير الدين واضحا علي نظام الزواج ، فا الزواج اليهودي كان يتم مصحوبا بإجراءات عديده بعضها عائلي والبعض الآخر ذو طابع ديني . فكان يتم إفراغه في وثيقه مكتوبه بإعتبارها تمثل الجانب المدني في العقد وهو التعبير عن إرادة الزوجيه . ويمثل الجانب الديني فيما يحاط بالعقد من طقوس وإجراءات ذات طابع ديني ، مثل إقامه الولائم وعمل موكب .

– وكان للدين أثره أيضا علي موانع الزواج في شريعه اليهود . فاليهود لم يأخذوا في بدايه أمرهم بنظام منع الزواج بين الأقارب . ومن ثم لم يكن الزواج ممنوعا إلا بين الأصول والفروع ، أي بين الأباء والأبناء أو الزواج من الخالة والعمه أو حتي الجمع بين الأختين . ولما جاءت التوراه وسعت من دائره المحارم بسبب القرابه ، فبالإضافه إلي تحريم الزواج بين الأصول والفروع ، حرمت الزواج بين الإخوه وإن لم يكونوا أشقاء ، وكذا الزواج من العمات والخالات أو من زوجه الأب أو من أم الزوجه ، كما حرمت الجمع بين الأم وإبنتها والجمع بين الأختين، وجعلت عقوبه المخالفه في ذلك الموت أو الإعدام (١) . ونظام الخلافه في الشريعة اليهود يعد أيضا نظاما دينيا بحتا ، أذ جاء في

---

(١) د / محمد الصافوري – نظرات فى شريعه اليهود – ١٩٩٥ – الولاء للطبع والتوزيع – ص ١١٨ .

سفر التثنيه « إذا سكن أخوه معا ومات واحد منهم وليس له ابن فلا تصر إمرأه الميت إلي خارج لرجل أجنبي أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجه ويقوم لها بواجب أخي الزوج ، والبكر الذي تلده يقدم بإسم أخيه الميت لئلا يمحي إسمه من إسرائيل وإن لم يرضي الرجل أن يأخذ إمرأه أخيه تصعد إمرأه أخيه إلي الباب إلي الشيوخ وتقول أبي أخو زوجي أن يقم إسما لأخيه في إسرائيل . لم يشأ أن يقوم لي بواجب الزوج ،فيدعوه شيوخ مدينته ويتكلمون معه فإن أصر وقال لا أرض أن أتخذها ، تتقدم إمرأه أخيه إليه أمام أعين الشيوخ وتخلع نعله من رجله وتبصق في وجهه وتصرخ وتقول هكذا يفعل بالرجل الذى لايبني بيت أخيه ، فيدعي إسمه في إسرائيل بيت مخلوع النعل » (١) وإن لم يكن للمتوفي أخ ، إنتقل الإلتزام إلي أقرب أقاربه من الذكور .

فهذا النظام يستهدف إستمرار حياه الأسره وإستمرار نسلها بعد وفاه عائلها .

– وكان للدين أثره في علاقات النسب . إذ ينتسب الأبناء إلي أبيهم بقوه الشريعه . دون حاجه إلي أي اجراءات ودون حاجه إلي إقرار أو إعلان من جانب الأب ، ويخضع الأبناء لسلطه أبيهم ، ويلتزمون بطاعته وإكرامه فللأب سلطه تأديب إبنه ، وإن كانت سلطته

---

(١) سفر التثنيه – الإصحاح ٢٥ ، الأيات ٥ – ١٠ .

في تأديب الإبن العاق مقيده إذ عليه أن يجمع حكماء اليهود في المدينه أو القريه التي يعيش فيها ويعرض عليهم الأمر ، وعليهم أن يتحققوا منه ثم يصدرون هم حكمهم علي الأبن العاق وتصل سلطتهم هنا إلي الحكم بموت هذا الأبن العاق رجما بالحجاره (١) .

* – أما من ناحيه الميراث والوصيه نجد أن شريعه اليهود قد ميزت ، في مجال الإرث ، بين الذكور والإناث من ناحيه وبين الأبناء الشرعيين وغير الشرعيين من ناحيه أخري ، وبين الإبن الأكبر وسائر أخوته من ناحيه ثالثه .

فالذكور وحدهم هم الذين يرثون ، ولا ترث الإناث إلا في حاله عدم وجود ذكور (٢) ومن بين الذكور ، يرث الأبن الذكر مثل نصيب

---

(١) سفر التثنيه – الإصحاح ٢١ – الآيات من ١٨ – ٢١ أو جاء فيها مايلى « إذا كان لرجل ابن معاند ومارد لايسمع لقول أبيه ، ولالقول أمه ويؤدبانه فلايسمع لهما . يمسكه أبوه وأمه ويأتيان به إلى شيوخ مدينته و إلى باب مكانه ويقولان لشيوخ مدينته أبننا هذا معاند ومارد ولايسمع لقولنا وهو مسرف وسكير فيرجمه جميع رجال مدينته بحجاره حتى يموت، فتنزع الشر من بينكم ويسمع كل إسرائيل ويخافون » .

(٢) سفر التثنيه – الإصحاح ٢٧ – الآيات من ٦ – ١٠ ، حيث جاء فيها مايليه « فكلم الرب موسى قائلاً : بحق تكلمت بنات صلحفاد فتعطيهن ملك نصيب بين اخوة أبيض وتنقل نصيب أبيهن اليهن . وتكلم بنى إسرائل قائلا أيما رجل مات وليس له ابن تنقاون ملكه إلى إبنته وإن لم تكن له إبنه تعطوا ملكه لأخوته. وإن لم يكن له أخوه تعطوا ملكه لأخوه أبيه . وإن لم يكن لأبيه إخوه تعطوا ملكه لنسبيه الأقرب اليه من عشيرته فيرثه فصارت لبنى أسرائيل فريضه كما مر الرب موسى .

إثنين من إخوته .

أما الأبناء غير الشرعيين فهم محرومون من حيث المبدأ من حق الإرث ، اللهم إلا أذا كان أبوهم قد تصرف حال حياته بما يوحى بأعترافه بهم ، فإنهم يرثون في هذه الحاله بوصفهم أبناء له بالتبني .

– أما فيما يتعلق بالوصيه ، فإنها لم تكن جائزه في شريعه اليهود إلا إذا كان الموصي بلا بنين . فيكون له في هذه الحاله أن يعقد الوصيه لمن يشاء ومن غير ورثته ، فهي لا تجوز لوارث ، أما إن كان له ولد حظر عليه إبرام أي وصيه .

والوصيه في شريعه اليهود لا تأخذ معني التصرف المضاف إلي ما بعد الموت ، وإنما هي تصرف يتم حال الحياه وينبغي علي الموصي له أن يقبضها حال حياه الموصي . فهي أقرب إلي الهبه منها إلي الوصيه (١) .

– ولما أوحى الله سبحانه وتعالي بالشريعه الإسلاميه علي سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم ، فإنها قد أثرت في الأنظمه القانونيه المختلفه للدول التي تدين بها، بل وعلي غيرها من الدول التي لا تدين بتلك الشريعه . فقد أثرت الشريعه الإسلاميه في نظم الزواج والميراث والوصيه . ومن أمثلة هذا التأثير إنها قد إعتبرت إختلاف

---

(١) د / محمد الصافورى – المقال السابق – ص ١٣٠ .

الدين مانعا من موانع الزواج ، وموانع الإرث والوصيه في الشريعه الإسلاميه .

ففي الإسلام . لا يجوز أن تتزوج مسلمه من غير مسلم . ولكن يجوز العكس ، بمعني يجوز أن يتزوج المسلم من غير المسلمه ، ونفس الأمر في نظام الميراث ، إذ لا يجوز أن يرث الكافر المسلم .

ونفس الأمر لا يجوز أن يكون المسلم وليا علي المسلم لأن الآيه الكريمه قررت « ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا » بل أكثر من هذا فقد ذهب بعض أئمه الفقه الإسلامي إلي القول بعدم جواز شهاده غير المسلم علي المسلم ، وقد ذهب بعض الفقه الإسلامي إلي عدم جواز شهاده غير المسلم علي المسلم في الزواج إذا كان كل من الزوجين مسلما وأقاموا رأيهم علي أساس أن الشهاده من باب الولايه . ومنطق الإسلام يقرر لا ولايه لغير المسلم علي المسلم .(١)

أيضا كان للدين الإسلامي أثره علي نظام الوقف ، إذ عرفه علي أنه حبس العين علي حكم ملك الله تعالي والتصدق بمنفعتها في الحال أو في المآل ، فالوقف يجعل ملكيه العين الوقوفه في حكم ملك الله عز وجل ،ولهذا فلا يجوز التصرف في العين الموقوفه ، فلا تباع ولا تورث ولا توهب (٢) .

---

(١) د / فايز حسين – المرج السابق – ص ١٤٦ ومابدها .

(٢) د / عبد الغفار صالح – الميراث الوصيه والوقف – القاهرة – مكتبه النهضه المصريه – سنه ١٩٩٢ – ص ٢٢٣ ومابعدها .

- وإذا نظرنا إلي التشريع المصري فيما يتعلق بالأحوال الشخصيه ، سنجد أنه قد بني بأكمله تقريبا علي أساس من الشريعه الإسلاميه ، سواء فيما يتعلق بالزواج أو الميراث أو الوصيه أو الوقف .

(٢) نظام الملكيه .

لقد أثرت أيضا التعاليم الدينيه في تلك الفتره علي بعض نظم الملكيه ، وهذه النظم لم توجد في المجتمعات القديمه فقط بل والحديثه أيضا ، وفيما يلي نموزج من نظم الملكيه القائمه علي الدين .

أ- نظام ملكيه المعابد في الحضارات القديمه :

كان للدين أثره في نشأه هذا النوع من الملكيه في الحضارات القديمه ، ففي مصر الفرعونيه كان المصريون القدماء يتصورون الآلهه علي أنها بشر ، وهذا كان يقتضي أن تكون لهذره الآلهه بيوت تقيم فيها وهي المعابد . وإقتضي وجود الآلهه والمعابد وجود من يقوم بخدمه الآلهه ، والإشراف علي شئون المعابد وهم الكهنه ، وإقتضي وجود المعابد والكهنه وجود الميزانيه التي يتفق منها علي شئون المعابد ، وتوفير أسباب الحياه للكهنه ، فظهر هذا النوع من الملكيه في صوره هبات وعطايا يمنحها الملوك للمعابد [١] بجانب النذور والقرابين التي

(١) أنظر مؤلفنا السابق الإشاره اليه - ص ٢٧٧ - حيث أشرنا الى ماجاء فى برديه هاريس الكبيره على لسان الملك رمسيس الثالث ، والذى يعبر عن هذا النوع من الملكية - إذ يقول « لقد ملأت خزانه المعبد « معبد آمون » بمنتجات أرض مصر بالذهب والفضه والاحجار الكريمه من كل نوع بمئات الآلآف . إن شونته تئد

تقدمها الأفراد للآلهه والايرادات التي تحصل عليها المعابد من إستثمار أملاكها . وهذا النوع من الملكيه كان يشبه الوقف الخيري حيث كانت توقف هذه الأرض علي حكم ملك إله المعبد . ويصرف ريعها علي شئونه .

وهذا النوع من الملكيه نجده في العراق القديم . إنظهرت فيه بجانب الملكيه الفرديه نوع آخر من الملكيه يسمي بملكيه المعابد وهي أرض تخصص للمعابد للإنفاق عليها وعلي خدمه الآلهه وتقديم القرابين لها .

- وإذا إنتقلنا إلي المجتمع اليهودي سنجد أن الملكيه سواء كانت جماعيه أو فرديه أو ملكيه أسره ، تصطبغ بصيغه دينيه ، وبصفه خاصه بعد الأسر البابلي حيث أو جدوا نظاما جديدا للملكيه يقوم علي التمييز بين ما هو ملك خالص لله وما هو ملك لشعب إسرائيل . (١)

=== بالشعير والقمح . أراضيه وقطعانه كثيره كثره حبات رمل الشاطئ . لقد فرضت الضرائب من أجله على بلاد الجنوب والشمال . فالنوبه وسوريا تحملان إليه إفادتهما . إن هذا المعبد لفاض بالأسرى الذين أعطيتنى أياهم ..... لقد ضاعفت القرابيين الإلهيه لقد حملوا إليك خبزاً ونبيذاًوأوزاً اسميناً ، وماشيه لاحصر لها ثيرانا وعجولاً وأبقاراً وبقراً وحشياً وغزلاناً » .

(١) محمد على الصافورى - نظرات فى شريعه اليهود - المقال السابق - ص ١٠٠

فالملكيه في المجتمع اليهودي ، قبل الأسر البابلي ، كانت تتركز في ملكيه شيخ القبيله ، حيث لم يكن هناك تمييز بن ملكيه شيخ القبيله وملكيه القبيله ، فكل ما يحصل عليه أفراد القبيله من نتاج عملهم تؤول ملكيته إلي شيخ القبيله وحده ، وهو يكون مسئولا عن تأمين حاجات أفراد القبيله جميعها .

أما بعد الأسر البابلي ، أصبحت الأرض بحسب الأصل ملك لله وحده ، وأن شعب اليهود غرباء ونزلاء عنده (٢) . ولذلك فإن أربعه أخماس هذه الأرض يمنحها الله لخدامه من رجال الدين الذين كانوا ينتسبون إلي قبيله لاوي بن يعقوب لأن الاوين كانوا قد إحتكروا الكهانه والخمس الباقي يوزعها علي قبائل بني إسرائيل ، وبذلك تكون أربعه أخماس الأرض خارجه عن دائره التعامل ، وخمس واحد منها هو الداخل في دائره التعامل ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بالنسبه للخمس الذي يوزع علي قبائل بني إسرائيل ، بل وضعت له القيود الخاصه بالتصرف فيه ، إذ لا يجوز التصرف فيه في السنه السبعيه أو سنة الغفران العام (اليوبيل) ، إذ في هذه السنه تلغي كل

---

(١) سفر اللاويين – الآيات ٢٣ – ٢٧ – حيث جاء فيها « والأرض لاتباع بته لأن لى الأرض وأنتم غرباء عندى بل فى كل أرض ملككم تجعلون فكاكا للأرض . إذا إفتقر أخوك فباع من ملكه يأتى وليه الأقرب اليه ويفك بيع أخيه ومن لم يكن له ولى فإن نالت يده ووجد مقدار فكاكه يحسب سنى بيعه ويرد الفاضل للإنسان الذى باع له فيرجع اليه ملكه » .

التصرفات الناقله للملكيه فتعود الأموال محل الملكيه إلي أصحابها الأوليين . (١)

– وفي المجتمع الإسلامي نجد شبيها لهذا النوع من الملكيه ، ولكن تحت مسمي أخر وهو الوقف ، فأرض الوقف تحبس علي حكم ملك الله تعالي ويتم التصدق بمنفعتها في الحال أو المآل ، فالوقف يجعل ملكيه العين الموقوفه في حكم ملك الله عز وجل وتصبح للمساجد والشمس والقمر . ولهذا فلا يجوز التصرف في العين الموقوفه فلا تباع ولا تشتري ولا توهب ولا تورث .

وقد تأثر القانون المصري فيما يتعلق بتنظيم وسائل نقلها ، بالفقه الإسلامي إلي حد كبير ، سواء من حيث تعريفها وتحديد مضمونها وطبيعتها أو من حيث سباب كسب الملكيه، حيث قد راعي

---

(١) سفر اللاويين – الآيات – ٢٠ – ٢١ – حيث جاء فيها « وإذا قلتم ماذا نأكل فى السنه السابعه إن لم نزرع ونجمع غلتنا فإنى آمر ببركتى لكم فى السنه السادسه فتعمل غله لثلاث سنين » .

– وجاء فى الآيات من ٨ – ١٣ منسفر اللاويين ما يلى « وتعدلك سبعة سبوت سنين ، سبع سنين . فتكون لك أيام السبعه السنويه تسعا وأربعين سنه ثم تعبر بوق الهتاف فى الشهر السابع فى عاشر الشهر من يوم الكفاره وتعبرون البوق فى جميع أرضكم . وتقدسون السنه الخمسين وتنادون بالعتق والأرض لجميع سكانها . تكون لكم يوبيلا وترجعون كل إلى ملكه . وتعودون كل إلى عشيرته يوبيلا تكون لكنّ السنه الخمسون لاتزرعوا ولاتحصدوا زريعها ولاتقطنوا كرومها المحول ، إنها يوبيل مقدسه تكون لكم من الحقل تأكلون غلتها . فى سنه اليوبيل هذه ترجعون كل إلى ملكه .

القانون المصري ، أحكام الشريعه الإسلاميه فيما يتعلق بالإستيلاء أو الإلتصاق أو الشفعه أو غير ذلك من أسباب كسب الملكيه ، كما حدد القانون المصري وظائف الملكيه بالإستثناء إلي المذاهب الفقهيه المختلفه ، كما راعي المشرع المصري أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالحقوق التي ترد علي الملكيه سواء كان حق الإنتفاع أو الإرتفاق أو المجري أو المسيل أو الشرب والصرف ، أو حق المرور وحق التعلي وحق الجوار ، وإن كان بينهما إختلافات لا مجال للحديث عنها هنا ، المهم أن الشريعه الإسلاميه قد أثرت تأثيرا كبيرا في نظم الملكيه في البلدان التي تدين بها . (١)

---

(١) د / محمد محمد المهدى – الوجيز فى الفقه الاسلامى – مطبعة حمادة الحديثة – قويسنا – سنه ١٩٩٥ – ص ٣٢٣ ومابعدها .

المبحث الثالث

نظـــام القضـــاء

يقصد بالقضاء في العصر الحديث ، سلطه الفصل في النازعات التي تنشأ بين أفراد المجتمع ، وهذه الوظيفه قامه منذ العصور الأولي للبشريه وإنتظامها في مجموعات ، إذ كان يتولي رئيس الجماعه أو شيخ القبيله سلطه الفصل فيما يثور من منازعات بين أفراد جماعته أو قبيلته ، أما ما يثار من منازعات بين قبيله ما وقبيله أخري فإن حلها كان يخضع لحكم القوه ، ولما ظهرت الدوله أصبح الإختصاص القضائي من نصيب الملك أو رئيس الدوله يعاونه في ذلك عدد من القضاه الذي يعينهم لهذا الغرض .

وقد أثرت التعاليم الدينيه في الأنظمه القضائيه ، وفي طرق الإثبات التي تستخدم في إثبات أو فض المنازعات التي تثور .

ففي المجتمع الفرعوني نجد أن آلهه العداله (معات) كانت محمي المحاكم ويقوم بأداء شعائرها القضاه. ولذلك نجد أن السلطه القضائيه كانت تنبع من الفرعون ذاته بإعتباره ممثلا للإله ، مما يترتب عليه حصر ولايه القضاء في يد الملك وحده الذي ينطق بالقانون ويحقق العداله بين جميع الناس .

وهناك من الوثائق ما يدل علي تأثر جهاز العداله بالتعاليم

الدينيه في أحكامهـا ، منهـا مـا جاء علي لسان أحد كبار موظفي (منكاورع) وهو رومنكا حـيث قـال « إن الذي يحب الملك والإله أنوبيس الذي علي قمه جبل لا يأتي بأذي لمحتويات هذا القبر . ومن القوم سيصعدون إلي الغرب (مقر الآخره) . أما من جهه هذا القبر الأبدي فإني قد أقمته لإني كنت مقربا لدي الناس والملك ولم يحدث قط إني إغتصبت أي شئ من أي إنسان لهذا القبر لأني أذكر يوم الحساب في الغرب (الآخره) . وقد أقمت هذا القبر مقابل أجور من الخبز والجعه التي أعطيتها العمال الذين أقاموه . تأمل لا نزاع إني أعطيتهم أجورا عظميه من الكتان الذين كانوا يطلبونه وقد دعوا الله لي من أجل ذلك » . (١) كما أن هناك من الشواهد ما يدل علي أن الناس في عهد الدوله الفرعونيه الحديثه كانوا يلجأون إلي الإلهه أحيانا بدلا من المحاكم لمعاونتهم في الحصول علي حق أو فض نزاع أو تقرير براءة متهم أو إدانتة ، فقد جرت عاده سكان طيبه في عصر الدوله الحديثه بأن يطلبوا إلي أمنحوتب الأول بعد وفاته أن يتدخل للفصل في منازعاتهم ، كما كانوا يستعينون بتمثال الآلهه للتثبيت من براءة متهم أو إدانتة .

ونظرا لإختلاط القانون بالدين في هذه الفتره . فقد إنحصرت الوظيفه القضائيه في يد رجال الدين بإعتبارهم هم الذين يتولون النطق بالقانون الذى يصدر عن الآلهه ، ولم تعرف المجتمعات القديمه

(١) سليم حسن – مصر القديمه – جـ ٢ – ص ٣٨ .

فكره الإختصاص النوعي أو المكاني . فكان رجل الدين ينظر النزاع أيا كانت طبيعته وأيا كان مكان نشوئه . كما لم تعرف المجتمعات القديمه فكره النيابه العامه أو بعباره أخري وجود جهه تختص برفع النزاع أمام القضاء ، فكان الفرد يتقدم بنفسه طالبا الفصل في نزاع يتعلق به أو يتقدم إلي القضاء من يمثله كرب أسرته أو شيخ عشيرته حيث كانت شخصيه الفرد لا تنفصل عن شخصيه الجماعه التي ينتمي إليها (١) .

وعندما جاءت الشريعه اليهوديه ، فإنها قد ألقت بظلالها على نظام القضاء ، إذ أصبغت نظام القضاء بالصبغه الدينيه ، فالقاضي يستلهم حكمه من الإرادة الإلهيه ، ومنطوق الحكم يمليه عليه الله ويتلقي القاضي هذا الحكم من الله بإرشادات معينه (٢) .

---

(١) د / محمد على الصافورى – تاريخ النظم القانونيه والاجتماعيه – المرجع السابق – ص ٧٠ .

(٢) د / صوفى أبو طالب – تاريخ النظم القانونيه والاجتماعيه – دار النهضه العربيه – سنه ١٩٨٤ – ص ١٩٧ ، حيث قد أوضح لكيفيه إستصلاح رأى الآلهه وإختلافها فى العصر الوثنى عنها فى عصر التوحيد . ففى العهد الوثنى كان النزاع يعرض على الإله وهو العجل الذى صنعوه من الذهب ، باعتقاد أنه يجيبيهم على أسئلتهم بإيحاءات منه يفسرها الأجبار . أما بعد عهد الوثنيه . فقيل أنه كانت تظهر لحظه عرض النزاع بعض العلامات الماديه على صدر الحبر لتعبر عن رأى الإله ويفهمهما الأحبار . ثم عدل من هذه الطريقه الى طريقه أخرى مؤداها أن ينزل الحكم على أحد الأنبياء عن طريق الوحى ، وذلك بأن خصصت خيمه معينه عرفت بخيمه الوحى . ينزل فيها الوحى فيتصاعد منها عحمود من الدخان دلاله على نزول الحكم .

ولقد تدرج اليهود في هذا الصدد على النحو التالي ، ففي البدء كان القضاه يعرضون كل نزاع علي حده علي الإله « يهوه » ليصدر الحكم بنفسه . وعندما نزلت الشريعه علي موسي ، وعلي أنبياء بني إسرائيل من بعده التزم القضاه بأحكام هذه الشريعه دون حاجه الي الرجوع إلي الإله في كل نزاع علي حده .

– وقد أثر الدين الإسلامي في نظام القضاء في البلدان التي تدين بهذه الشريعه ، إذأن الفقه الوضعي في تعريفه للقضاء لم يخرج عن معناه الذى ورد في الفقه الإسلامي ، والذي يعني الفصل في الخصومات وتبين الحكم الشرعي فيها والإلزام به .

أما من ناحيه تعدد أنواع المحاكم ، فإن القانون الوضعي يعد متأثرا أيضا بالفقه الإسلامي الذي يجيز هذا النظام منذ بدايه عهد الفاروق عمر بن الخطاب ، إذ وجد في عصره القاضي المنفرد الذي ينظر في صغائر الأمور ، بجانب القضايا الهامه التي كان يجلس للفصل فيها عمر بن الخطاب بنفسه أحيانا ، وأحيانا أخري يجلس لها مع قاضييه زيد بن ثابت وعلي بن ألي طالب .

وتعدد درجات التقاضي ، في الأنظمه القانونيه الحديثه ، يجد أصله التاريخي في مبدأ مراجعه الأحكام القضائيه التي قررها الفقهاء المسلون منذ زمن بعيد ، اذ كان يقضي هذا المبدأ بمراجعه الأحكام وصولا إلي عدالتها ، فأوجبوا علي ولي الأمر أو قاضي

القضاه أن يتفقد قضاته ويكشف أحوالهم ويتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس وينقص من أحكامهم ما يحتاج إلي النقص ويعدل ما يحتاج إلي التعديل ، ويقر ما يراه صوابا ، كما إعترفوا للخصوم بحقهم في الطعن علي ما يصدر ضدهم من أحكام بطرق الطعن المعروفه في عالم اليوم ، المعارضه والإستئناف والتماس علي إعاده النظر والنقض . علي خلاف في التفاصيل لا مجال لشرحها هنا (١) .

كما أن القانون الوضعي قد تأثر بالفقه الإسلامي ، فيما يتعلق بإستقلال القضاء ، وبالشروط الواجب توافرها في من يجلس علي منصه القضاء ، وفي أحوال رد القضاء وفي صحتهم ، وفي كيفيه تعينهم .

– أما من حيث طرق الإثبات ، فإن هناك العديد من هذه الطرق قد قامت علي أساس من الدين ، إذا أهتدي الإنسان في كافه المراحل

---

(١) أنظر : تفصيلاً فى ذلك – معين الحكام للطرابلسى – ص ٣٢ ، ٣٥ . د / محمد سلام مدكور – القضاء فى الاسلام – دار النهضه العربيه – ص ٥٨ – حيث قد وجد تماثلا بين مراعاه ولى الأمر أو قاضى القضاه للقضاه والكشف على أحوالهم وتفقد سيرتهم ، وبين مايسمى فى الأنظمه القانونيه المعاصره بالتفتيش القضائى الذى تتولاه عاده إداره من إدارات وزاره العدل تؤلف من رئيس وعدد من المستشارين تكون مهتهم الكشف عن أحوال القضاه من واقع أعمالهم وسيرتهم مع الخصوم ووضع تقارير وعنها يبلغ بها القاضى والمجلس الأعلى للقضاء للتصرف فى ضوئها . وهذا ما يعد نوعا من تأثير الدين على القانون فيما يتعلق بالقضاء .

التاريخيه حتي الآن إلي طرق إثبات مستوحاه أساسا من فكره الدين، ومن هذه الطرق ما يلي : -

المحنه كوسيله للإثبات : - وهي من الطرق التي إهتدي إليها الإنسان في بدايه تاريخه لإثبات براءه أو إدانه المتهم بجريمه ما . وتقوم فلسفه هذه الوسيله علي أساس القوه الإلهيه الخفيه بإعتبار أنها هي التي تدلنا علي براءه أو عدم براءه المتهم ، فالمتهم عندما يطلب منه القيام بعمل معين مثل إبتلاع سم أو القفز من مكان عال أو لمس النار يفترض أن العداله الإلهيه هي التي تجري الإختبار لهذا الشخص ، فإن كان بريئا كتبت له النجاه من الإختبار الإلهي بالمحنه وإن كان مذنبا سيتضح ذلك من خلال إحتراقه بالنار أو وفاته بالسم (١) .

وقد إستخدم اليهود هذه الوسيله لإثبات براءه أو إدانه المتهم من الجرم الذي إرتكبه ، وبصفه خاصه في جريمه الزنا ، وقد ورد النص علي استخدام هذه الوسيله في سفر العدد ، حيث جاء فيه ما يلي « وكلم الرب موس قائلا : كلم بني إسرائيل وقل لهم إذا زاغت إمرأه رجل وخانته خيانه ، وإضطجع معها رجل إضطجاع زرع وأخفي ذلك عن عيني رجلها وإستترت وهي نجسه وليس شاهد عليها وهي لم تؤخذ . فإغتراه روح الغيره وغار علي إمرأته وهي نجسه أو

---

(١) د / فايز حسين - المرجع السابق - ص ١٤٩ .

إغتراه زوح الغيره وغار علي إمرأته وهي ليست نجسه بأتي الرجل وإمرأته إلي الكاهن ويأتي بقربانها معها عشر الا يفه من طحين شعير لا يصب عليه زيتا ولا يجعل عليه لبانا لأنه تقدمه غيره وتقدمه تذكار تذكر ذنبا فيقدمها الكاهن ويوقفها أمام الرب ويأخذ الكاهن ماء مقدسا في إناء خزف ويأخذ الكاهن من الغبار الذي في أرض المسكن ويجعل في الماء . ويوقف الكاهن المرأه أمام الرب وكشف رأس المزاءه ويجعل في يديها تقدمه التذكار التي هي تقدمه الغيره وفي يد الكاهن يكون ماء اللعنه المر ويستحلف الكاهن المرأه ويقول لها إن كان لم يضطجع معك رجل وإن كنت لم تزيفي إلي نجاسه من تحت رجلك فكوني بريئه من ماء اللعنه هذا المر ، ولكن إن كنت أن زغت من تحت رجلك وتنجست وجعل معك غير رجلك مضطجعه ،يستحلف الكاهن المرأه بحلف اللعنه ويقول الكاهن للمرأه يجعلك الرب لعنه وحلفا بين شعبك بأن يجعل الرب فخذك ساقطه وبطنك وارما ويدخل ماء اللعنه هذا في أحشائك لورم البطن ولاسقاط الفخذ ، فتقول المرأه أمين أمين .

ويكتب الكاهن هذه اللعنات في الكتاب ثم يمحوها في الماء المر ويسقي المرأه ماء اللعنه المر فيدخل فيها ماء اللعنه للمراره ، ويأخذ الكاهن من يد المرأه تقدمه الغيره ويرد التقدمه أمام الرب ويقدمها إلي المذبح ، ويقبض الكاهن من التقدمه تذكارا ويقبض علي المذبح وبعد

ذلك يسقي المرأه الماء ، ومتي سقاها الماء فإن كانت قد قد تنجست وخانت رجلها يدخل ماء اللعنه للمراره فيرم بطنها وتسقط فخذها فتصير المرأه لعنه وسط شعبها وإن لم تكن المرأه قدتنجست بل كانت طاهره تتبرأ وتحبل بزرع ، هذه شريعه الغيره إذا زاغت المرأه من تحت رجلها وتنجست ، أو إذا إعترى رجلا روح غيره فغار علي إمرأته يوقف المرأه أمام الرب ويعين لها الكاهن كل هذه الشريعه فيتبرأ الرجل من الذنب وتلك المرأه التي تحمل ذنبها (١) .

ومن هذه الوسائل أيضا اليمين :-

واليمين يعد من أبرز طرق الإثبات المقامه علي الدين والعقيده ، وقد عرفت كافه المجتمعات القديمه اليمين كطريق من طرق الإثبات ، فمثلا في بلاد ما بين النهرين نجد مدونه حمورابي قد إعتمدت علي اليمين كوسيله من وسائل الإثبات إذ نصت في الماده ١٢٠ علي أنه « اذا أودع أحد حبوبه في مخزن رجل آخر وقام خلاف بينهما علي الكميه المودعه ، فإن مالك الحبوب يحلف أمام الإله ويصدق بيمينه وفي هذه الحاله يدفع إليه المدعي عليه الضعف . (٢)

وقد إستخدم اليهود اليمين كوسيله إستثنائيه لا يجوز اللجوء

---

(١) سفر العدد – الاصحاح الخامس – الآيات من ١١ – ٣١ .
(٢) د / فايز حسين – المرجع السابق – ص ١٤٩ .

إليها إلا في حاله إنتفاء دليل أخر فتوجه اليمين إلي المتهم فإذا لكل عن آدئها دل علي إدانته ووقع عليه الجزاء .

ويمثل اليمين وسيله هامه للإثبات في الشريعه الإسلاميه ويعد وسيله هامه للإثبات في مجال نظم القانون العام والخاص معا . فهو وسيله للإثبات في مجال الأحوال الشخصيه ، ويظهر زثره جليها في نظام اللعان ويتلخص هذا النظام في أنه إذا رمي الرجل زوجته بالزنا أو أنكر وله منها إليه طلب القاضي أن تقيم البينه علي ما إدعاه ، فإن أقامها حكم القاضي بمقتضاه ، وإن عجز الزوج عن إقامتها وأنكرت الزوجه ما نسب إليها وطلبت إقامه الحد عليه فإن القاضي يأمر بملاعنتها .

وتم اللعان بالطريقه الأتيه : أن يقول الزوج أمام القاضي : أشهد بالله إني لمن الصادقين رسيت به فلانه هذه من الزنا أو نفي الولد ، ويكرر هذا أربع مرات ، ثم يقول في الخامسه لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد ، وتكرر هذا أربع مرات ، ثم يقول في الخامسه غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد .

وفي القانون التجاري لا يجوز قبول دعوي التاجر علي غير التاجر والتي يستند فيها إلي دفاتره التجاريه إلا إذا حلف التاجر اليمين .

من كل مـا سبق يتضح لنا إختلاط القـانون بالدين ، في فـتره التقاليد الدينيه بطريقه يصعب معها الفصل بينهما ، وظهر أثر هذا الخلط واضـحـا في نظم القانون العام والخاص ونظم القضـاء وإتضح لنا أيضـا أن التـأثير الديني علي القـانون مـازال قـائمـا حـتي الآن ، وبصفه خاصـه تأثير الديانه الإسلاميه علي قوانين البلاد التي تدين بهذه الديانه ، مثل النظم القـانونيـه المصريه ، وبصـفـه خـاصـه نظم الأحـوال الشـخـصيـه التي تعد ترجمـه صـادقـه لتـأثير الـدين علـي القانون .

الباب الثالث

مرحلة التقاليد العرفية

ظهرت هذه المرحلة في وقت إذدهار عصر الزراعة وعصر المعادن . إذ شهدت المجتمعات القديمة في هذه.الفترة تطورا كبيرا في النواحي الإقتصادية والإجتماعية ، وبدأت بوادر التحليل من سيطرة الديانه لدي بعض الشعوب نتيجة لإندثار سلطة رجال الدين كقضاه ومشرعين وحل القضاء المدني والجزاء المدني محل القضاء الديني والجزاء الديني .

وهذا التطور ترك أثره علي القانون . إذ بعد أن كانت القاعدة القانونية تظهر في صورة أحكام إلهية يلتزم الناس بإحترامها مخافة العقوبة الدينية التي توقع علي من يخالفها ، بدأت تظهر مجموعة من القواعد التي يرجع أصلها إلي تعارف الناس عليها في معاملاتهم ويحترمونها خشية الجزاء الذى يوقع عليهم من قبل السلطة المختصة بتوقيعه . هذه القواعد هي التي كونت التقاليد العرفية ، ولذلك أطلقنا عليها مرحلة التقاليد العرفية ولكي نتناول هذه المراحل بالدراسة فإننا نقسمها إلي ثلاثه فصول :

الفصل الأول : مفهوم وأسباب ونتائج ظهور التقاليد العرفية .

الفصل الثاني : النظم القانونية المختلفة السائدة في هذه المراحلة .

الفصل الثالث:تأثير العرف في الفقه الإسلامى الشرائع الحديثة

الفصل الأول

مفهوم وأسباب ونتائج ظهور التقاليد العرفية

ونعرض في هذا الفصل لمفهوم التقاليد العرفية ، مميزين بينهما وبين العادة ، وموضحين لأسباب ظهورها والنتائج التي ترتبت علي ظهور هذه التقاليد وذلك من خلال المباحث الآتيه:

المبحث الأول : مفهوم التقاليد العرفية .

المبحث الثاني : أسباب ظهور التقاليد العرفية .

المبحث الثالث : النتائج التي ترتبت علي ظهور التقاليد العرفية.

المبحث الأول

مفهوم التقاليد العرفية

يعرف فقهاء العصر الحديث العرف بأنه مجموعه القواعد التي يتواتر الناس علي اتباعها بشكل فطري ، مع إعتقادهم بضرورة إحترامها والإلتزام بأحكامها خشية توقيع الجزاء علي من يخالفها . أو يعرف علي أنه « القاعدة القانونية غير المسنونة التي تنشأ من إطراد سلوك الأفراد في مسألة معينه علي وجه خاص مع إعتقادهم في قوتها الملزمة » (١) .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف يتكون بطريقة عضوية مما

---

(١) د / حمدى عبد الرحمن – أصول القانون – القاهرة – ١٩٩٨ – ص ٢١٢ .

تملية ضرورات العمل من تدخل من السلطات الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر فطري وضروري ويعطي للقاعدة القانونية قوه ملزمة في العمل ، خاصة في الجماعات البدائية حيث المحافظة علي التقاليد وبصفة خاصة الدينية شديدة ، والسلطة فيها ضعيفة وغير مركزة في هيئة محددة ليس لديها القدرة علي فرض أمرها واجبار الناس علي إتباعها .(١)

والعرف بهذا المعني يختلف عن العادة ، حيث تعرف العادة علي أنها إتباع شخص أو أكثر لطريقة معينه بوحي من عقولهم وعلى هدى من ظروف البيئة المحيطة بهم ، ثم يتكرر سلوك نفس الطريقة من غيرهم ذاتيا بدافع إستحسانها ، أم بدافع إنصراف إرادة المتعاقدين إلي العمل بمقتضاها .» (٢)

فالعادة تختلف عن العرف في أنها غير ملزمة بذاتها كالعرف ، وإنما تكون ملزمة إذا إتفق عليها العاقدان صراحة أو ضمنا ومن الناحية التاريخية نجد أن العادة قد لعبت دورا كبيرا في فترة التقاليد الدينية ، وبداية مرحلة التقاليد العرفية . إذا أن فكرة القانون قم تظهر في ظل هذه الفترة في صورة قاعدة محددة يطبقها القاضي كلما

---

(١) د / حسن كيره – المدخل إلى القانون – منشأة المعارف – الأسكندارية – سنه ١٩٧١ – ص ٢١٢ .

(٢) د / عبد الله على الغسيل – دور التقاليد العرفيه فى نشأة القانون اليمنى فى القرن الثامن عشر الميلادى – رسالة دكتوراه – القاهـره – سنـه ١٩٩٧ – ص ١٧ ومابعدها .

عرضت عليه مسألة تدخل في نطاقها وإنما ظهرت في صورة عادات غير ثابتة وتقاليد غير مدونة ولا محددة تمتزج فيها العناصر والطقوس الدينية في أكثر الأحيان ، وتختص بتطبيقا وتأوليها طبقات إجتماعية خاصة .

وبمعنى الوقت وتكرار الحوادث المتماثلة والمنازعات المتشابهة أصبح اللحكم اللهم متشابها أو متحدا في كل نوع من أنواع هذه الحوادث أو المنازعات كالسرقة أو القتل أو البيع ، فتكونت عادة عامة للحكم في كل نوع منها أو شبة عرف عام لإتباعة ، هذه العادات مالبث أن إنقلبت إلي عرف ملزم عندما تقدمت الأفكار وتهذبت وبلغت حداً الايسوع معه أدعاء الإبهام ، ورأي الناس - أن الخروج علي العادات لا يستوجب سخط الألهه فحسب ، بل يستوجب جزاءا دينيا أو وضعيا .[(١)]

أركان العرف : أن القاعدة العرفية تقوم علي ركنين أساسيين :

الأول : ركن مادي

يتمثل في تواتر الناس علي إتباع العمل بسنه معينه بطريقة عضويه لمده طويله نسبيا دون تدخل من جانب السلطة العامة ، مثل تواتر العمل علي نسبة المرأة المتزوجة إلي إسم زوجها .[(٢)]

---

(١) د / عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٦٨ .

(٢) JEAN - Luc Aubert " introduction au droit " que sais - je 1988 . p. 50 .

الثاني : ركن معنوي

ويتمثل في الإعتقاد في الزام هذه القاعدة وضرورة إتبعها والإتعرض لجزاء توقعة السلطة العامة في الجماعة ، ولكن نظرا لضعف السلطة العامة في العصور القديمة وعدم تركيزها فى هيئة معينه جماعة معينه غالبا ما كان أفراد الجماعة ينيبون عنها في توقيع الجزاء ، مثال ذلك القتل بالرجم وتوقيع العقاب علي الجانى بواسطة المجني عليه في بعض الجرائم مثل جريمة السرقة .

- وهذا الركن الثاني من العرف هو الذي يميز العرف عن العادة الإتفاقية ، والتي لا تعد ملزمة في حد ذاتها مثل العرف ولكن تكون ملزمه إذا إتفق عليها الطرفان صراحة أو ضمنا ، كما أنه هو الذي يميز بين التقاليد العرفية والتقاليد الدينية . إذا أن مرجع إحترام الناس للتقاليد الدينية هو رضاء الآلهه عنها ، بينما يرجع إحترامهم للتقاليد العرفية إلي « درج الناس علي تلك العادات زمنا طويلا ورضائهم الضمنى عن ذلك » .

فالتقاليد الدينية تستمد قوتها الإلزامية من الديانه بينما تستمد التقاليد العرفية قوتها من إرادة الناس ورضائهم الضمني (١) .

- اساس القوة الملزمة للعرف .

أن أساس إلزامية العرف فى القانون الروماني يرجع - كما

(١) د / صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٢٩ .

يقول الفقيه جوليان - إلي الإرادة الضمنية للجماعة ، فمادام في إستطاعه الشعب أن يعبر عن إرادتة صراحه في مجالس الشعب وتكون لقراراتة فيها قوة التشريع ، فيجب إضفاء قيمة التشريع علي إرادة الجماعة التي تعبر عنها ليس صراحة كما في المجالس الشعبية ولكن ضمنا كما في العرف .

وطبقا لهذا الرأي يعد العرف صورة أخري للتشريع ، ويكمن الإختلاف بينهما في طريقة التعبير عنها . فبينما يعد التشريع تعبيرا عن الإرادة الصريحة للجماعة ، فإن العرف يعد تعبيرا ضمنيا عن هذه الإرادة . فأساس كل من التشريع والعرف واحدوهو الإرادة العامة للمواطنين . (١)

- ويري البعض الآخر أن أساس الزامية القاعدة العرفيه يرجع إلي رضاء الناس عنها بعد أن عملوا بها ودرجوا عليها زمنا طويلا ، بعكس التشريع الذى يكمن أساس الإلزام به في إرادة المشرع وحده (٢) .

ويري د/أحمد حسن (٣) ونحن معه - أن أساس إلزامية القواعد العرفية في الشرائع القديمة يعود أساسا إلي الضرورات الإجتماعية التي حتمت وجود العرف وفرضته علي الناس ، حيث أن

---

(١) د / أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٢٧ .

(٢) د / صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٢٩ .

(٣) د / أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٢٧ ، ٢٨ .

التشريع لم يكن قد ظهر إلي حيز الوجود بعد ، فكان العرف هو الوسيلة الفطرية والطبيعية للجماعات القديمة لحكم سلوك أفرادها وتنظيم التعامل بينهم فنظراً لجمود التقاليد الدينية ، وإنعدام التشريع أو ندرتة كان العرف ضرورة إجتماعية لضبط سلوك الأفراد داخل الجماعة ولمسايرة التطورات الإجتماعية والإقتصادية والساسية .

– وعلي الرغم من تعدد مصادر القانون في العصر الحديث ، وإختلاف قوتها الإلزامية بحسب مرتبتها بين المصادر ، فإن هناك من الشرائع ما تعتمد علي العرف إعتمادا كليا بإعتباره بمثابه قوانين موجودة سلفا وتعلمها البلاد ، ومن ثم يقتصر دور القضاه علي إكتشافها ، وتحقيق العدالة بمقتضاها ، ومن بين هذه الشرائع ، الشريعة الأنجلو أمريكية التي تعتبر العرف بمثابه الجزء الأكبر من شريعة " Communllaw "ومن ثم فإن قوتة الإلزامية تعد في مرتبه القوه الإلزامية للقانون (٥) .

ومن الفقه اللاتيني هناك من يعتبر العرف مصدرا رسميا

---

(١) CH . PEREL MAN " ontologie guridique et sources du droit " A . P . D . 1982 . p. 24 .

حيث يقول :

" Les juges ont fait le serment de erendre des decisions conformes au droit du pays leurs sentences Fournissent le temoignage principal et plus autorisé de l'existence d'une telle coutume qui constitu une partie de la commun law " .

للقانون ، باعتباره نتاجا لطبيعة الأشياء ذاتها ومن ثم يتمتع بصفة العمومية ، ويفرض علي أي تنظيم قانوني ، ومن ثم يتخذ قوه القانون (٦) .

المبحث الثاني :

أسباب ظهور التقاليد العرفية

ظهرت التقاليد العرفية ، في المجتمعات القديمة ، سواء كانت دينية أو مدنية ، ولعبت دورا كبيرا في تنظيم الجوانب المختلفة في المجتمعات القديمة سواء كانت إجتماعية أو سياسية أو أقتصادية ، كل ما في الأمر أن هذه الأعراف كان يغلب عليها في البداية الطابع الديني نظرا لنسبتها إلي الآلهه أو الملوك المؤلهين ، ثم ما لبثت أن إنقلبت هذه الأعراف الدينية إلي أعراف مدينه ملزمه تستوجب توقيع جزاءا وضعيا بجانب الجزاء الأخروي ، وكان لظهور العرف كمصدر للقانون ، وإنفصالة عن التقاليد الدينية العديد من الأسباب نوردها بعد الحديث عن إنفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية بإعتبارها المحور الرئيس لظهور العرف كمصدر للقانون .

١- انفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية :

فقد ترتب علي التطور الإجتماعي ، خلق طبقات عديدة داخل المجتمع ، الأمر الذي أدي إلي تصارع هذه الطبقات فيما بينها وثار

(١) F. GENY " Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif " (L.G.D.J) 1899 - T.I. N°. 116 - p. 348 .

بعضها علي الأوضاع الإجتماعية القائمة ، فحاول تغيرها بقلب نظام الحكم ، وشمل هذا الصراع الديانه نفسها لأنها كانت من أسباب التفاوت بين الطبقات ، وكان من نتيجة ذلك تغير مفهوم السلطة ذاته ، فلم تعد السلطة مرتبطة بشخص الحاكم ذاته الذي يتمتع بصفه الألوهيه . بل أصبحت كوظيفة تسند لشخص معين ، وهذا ما أدي إلي إنفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية ، وهذا الإنفصال أثر بدوره علي القانون إذا لم تعد الديانه وحدها مصدرا للقانون بإعتباره مجرد أحكام صادره عن الإرادة الإلهيه ، بل ظهر بجانبها مصدرا آخر هو رضاء الناس سواء ظهر هذا الرضاء في صورة تقاليد عرفيه أم في صورة تشريع [١] وهذا ما يعني أن التغير في هيكل السلطة قد أدي إلي التغيير في مصادر القانون ، إذا أصبحت إرادة الناس وتقاليدهم مصدرا للقانون بجانب التقاليد الدينية ، وهذا التغيير في مفهوم السلطة . ، ومن ثم في مصادر القانون قد إختلف في البلاد الغربيه عنه في البلاد الشرقية ، وهذا ما يحتم علينا أن نعرض لكيفية ظهور التقاليد الدينية في كل منها علي حده .

أولا : أسباب ظهور التقاليد العرفيه في البلاد الغربيه :

١- ضعف سلطة الملوك :-

أن إنتقال القانون من مرحلة التقاليد الدينية إلي مرحلة التقاليد العرفية كما يقول مؤرخوا القانون –

(١) د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٢٩ .

ظهر في البلاد الغربية في أعقاب إنتقال السلطة من الملوك المؤلهين إلي أقلية أرستقراطية ، ما لبث أن أضطرت بحكم الظروف إلي إشراك الطبقات الدنيا معها في الحكم ، وبذلك تحول الحكم من حكم ديني إلي حكم أقليه ثم إلي حكم ديمقراطي . وقد تعددت الآراء حول أسباب ضعف سلطة الملوك ، فالبعض يرجعها إلي فساد نظام تولية العرش ، الذي كان يعتمد في بداية الأمر علي السلطة الإلهية للملك ، وإنصافه بصفات خارقة للعادة كالشجاعة والحكمة وصواب الرأي .

ولكن توارث الملك ترتب عليه ظهور ملوك لا يتصفون بشئ خارق للعادة ولا يمتازون عن رغبتهم بشئ وهذا ما دفع بالناس إلي النظر للوكهم باعتبارهم بشر مثلهم ، الأمر الذي أدي إلي ضعف سلطاتهم وإنتقال سلطة الحكم إلي أقلية أرستقراطية (١) .

والبعض الآخر يرجعها إلي اتساع رقعة الدولة ، مما يصعب معه علي الملك أن يتحمل أعبائها بمفردة ، فإقتسم الملك سلطاته مع رؤساء العشائر الذين كانوا يكونون مجالس إستشارية تحيط به ، ومن ثم إنتقلت سلطاته الساسية والقضائية إلي معاونيه من المدنين أو العسكريين .

والبعض الأخر يرجعها إلي نظرية الثوره ضد الملك ، والتي شنتها طبقة الأشراف عليه ، إذ نتج عنها انتزاع السلطة الساسية

---

(١) د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٣٠ .

والقضائية من بين يدية ، وإقتصر دوره علي السلطة الدينية ، إذا أن وجود الملك علي رأس الهيئة الدينية يحمي الدولة من غضب الألهه وأستدلوا علي هذا الرأي بالصراع الذي كان ناشبا بين الملك من جانب وأرباب الأسر ورؤساء العشائر من جانب آخر والذي إنته بتمكن الأشراف من الإستئثار بالسلطة ، وحصر وظيفة الملك في القيام بالمسائل الدينية (٢) وتاريخ روما وأثينا خير شاهد علي ذلك ، إذا إنتهي الصراع بين الأشراف من جانب و الملوك من جانب آخر إلي زوال نظام الملكية وقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق. م ، مع بناء الملكية الدينية قائمة يتولاها الملك ، وفي أثينا إنتهي الصراع بين الملوك والأرستقراطيين بإنتصار الطبقة الأرستقراطية.

٢- تركيز السلطة في يد الأشراف : باستئثار طبقه الأشراف للحكم ، تحول نظام الحكم من ملكي ديني إلي جمهورى أرستقراطي. فقد إستولت طبقة الأشراف علي الحكم نتيجة الثورة التي قامت بها ضد الملوك ، ونظرا لضعف بقيه الطبقات في المجتمع إستقر حكمهم وأصبح أمرا واقعا تقبله المجتمع وجمعوا كل السلطات بين يديهم . فالحكام من بينهم وحدهم وهيئة الكهنة تحولت إلي سلطه من سلطات الدولة تخضع لرقابة وتوجية الأقليه الحكامة .

(٣)- إحتكار الأشراف للسلطة القضائية : إحتكر الأشراف

---

(١) أرسطو - السياسه - ٣ - ٩ ، ٨ - حيث يقول « كان للملوك فى الأزمنه الغابره سلطه مطلقه فى السلم والحرب ، لكن بعضهم تنحى فيما بعد عن هذة السلطه من تلقاء نفسه وإنتزعت عنوه من الآخرين ، ولم يترك لهؤلاء الملوك سوى العنايه بتقديم القرابين » .

السلطة القضائية والتشريعيه ، فهم الذين يتولون القضاء وهم الذين يعرفون القوانين التي لم تكن مكتوبه والتي كانوا يتناقلونها جيلا بعد جيل . ومن ثم هم الذين يحفظونها ويقومون بتفسيرها وتطبيقها ، وساعدهم علي ذلك جهل طبقة العامة وإنصرافها إلي الكوفى سبيل الحصول علي لقمه العيش ، مما جعلهم بمنأي عن التفكير في إقتحام هذا المجال الذي يتولاه الأشراف وهو علم القانون . فلم تحاول هذه الطبقة أن تجهد نفسها من كشف الستار عما يكتنق القواعد القانونية من سرية وغموض وهذا مادفع الأشراف إلي تفسير قواعد القانون وتطبيقة كما تمليه عليهم مصالحهم القضائية وشهواتهم الخاصة .

(٤) الإنتقال من مرحلة الوحي الإلهي إلي مرحلة التقاليد العرفيه : أن حكم الأقليه التي إنفردت بالسلطه يختلف عن حكم العهود السابقة ، في أنهم يستندون في أحكامهم في القضايا التي يفصلون فيها إلي قواعد أو تقاليد قائمة معروفة لديهم ، وليس إستناداً إلي إدعاء الإلهام فيما ينطقون به من أحكام كما كان الحال في العهود السابقة و نظرا للتقدم الفكري والأخلاق الذي أصاب المجتمع في ظل تلك الفترة ، ومن ثم ظهر الجزاء المدني ، بجانب الجزاء الديني ، وانفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية ، وإختصاص الأولي بالمسائل السياسية والتشريعية والقضائية وإختصاص الثانية بالأمور الدينية أدي بدوره إلي انفصال القواعد

القانونية عن القواعد الدينية ، وأصبحت هيئة الكهنه التي تتولى الأمور الدينية خاضعة من حيث إختبار أعضائها السلطة لرقابة الحاكمة ، فتحول الكهنه إلي موظفيين من موظفي الدولة (١) .

(٥) إشتراك العامة مع الأشراف في الحكم .

لما قبض الأشراف علي السلطة ، واستأثروا بها ، عمدوا الي حماية مصالحهم علي حساب طبقة العامة ، فكبلوا العامة بالديون والضرائب ، بالأضافة إلي إحتكارهم لسلطة وضع القانون وتفسيرة وفقا لمصالحهم ، وهذا آثار الغموض والشك من قبل العامة ، وهذا ما ولد لديهم الشعور بالمساواه بالأشراف في كل شئ ، فقاموا بثورتهم الإجتماعية التي نقلت الحكم من النظام الإرستقراطي إلي النظام الديمقراطي . ومن ثم إشتراك العامة في الحكم مع الأشراف ، وأصبحت هناك مساواة تامة بينهم .

والتاريخ خير شاهد علي ذلك ، ففي الرومان . إنتهي الصراع الذي تم بين ملوك الرومان من جانب وطبقة الأشراف من جانب آخر بإنتصار طبقة الأشراف ، ولكن ما إن إستقرت في الحكم حتي بدأ النزاع بينها وبين العامة نتيجة لإضطهادهم لهذه الطبقة ، بتجريدهم من أراضيهم تاره ، وبإرهاقهم بالديون تارة أخري . وإزاء تحكم الأشراف فيهم هجروا روما وكونوا مدينه مستقله بهم ، ثم بعد ذلك

---

(١) راجع على بدوى - المرجع السابق - ص ٣٨ ، د/ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٣٥ .

بدأت طبقة العامة – تحت قيادة حكامهم – تطالب بمساواتها بالأشراف وقد تم لهم ذلك تدريجيا ، ففي سنة ٤٧١ ق.م أصبح للعامة حق الإجتماع في مجلس شعبي علي غرار مجلس الأشراف سمي مجلس العامة ، وإصدار قرارات معرفة للعامة وحدهم ، ومنذ عام ٢٨٦ ق. م أصبح لهذه القرارات قوه القوانين الصادرة من المجالس الشعبية ، أي أصبح يلتزم بها العامة والأشراف علي السواء . ثم توالت بعد ذلك أوجه المساواه بين العامه والأشراف .(١)

كل هذه الأسباب أدت إلي الإنتقال من مرحلة التقاليد الدينية إلي مرحلة التقاليد العرفية في البلدان الغربية ، وهذا ما كان له أثره علي القانون ، إذا أصبح يعتمد علي الأعراف والعادات التي تعرفها هذه المجتمعات ، نتيجة لتطور الأفكار والقيم الأخلاقية ، والعزوف عن فكرة الوحي الإلهي التي كانت سائدة في المرحلة الدينية .

ثانيا : أسباب التقاليد العرفيه في البلاد الشرقية .

أن الدين لعب دورا كبيرا في البلاد الشرقية مثل بابل وأشور واليهود ، حيث كان يتمتعرجال الدين ينفوذ كبير ، وذلك لأن الديانه كانت تنظم لكل أوجه الحياة في هذه المجتمعات . ولذلك كان رجال

---

(١) فقد أعطى قانون كانوليا الصادر ص ٤٤٥ ق . م للعامه حق الزواج من الأشراف . ومنذ سنه ٣٦٧ ق . م أصبح للعامـه حق تولى مناصب الحكم وحق تولى المناصب الدينيه . إنظر د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٣٦ . حيث قد أشار فى هامش هذه الصفحة إلى تفاصيل الصراع بين الأشراف والعامه فى المدن الإغريقية .

الدين يختصون بالقضاء بين الناس في المنازعات ، وهم الذين كانوا يتوجون الملوك ، ويشيرون عليهم بالقرارات الواجب اتخاذها في كل شئون الدولة تبعا لما توحي به الإلهه وهم الذين كانوا يعزلون الملوك من وظائفهم بقولهم بأن الإلهه غير راضية عنهم ، لذلك كانت أهم وظائف الدولة في أيديهم ، وأجور الأراضي الزراعية ممنوحة لهم . ولذلك قد إرتبط ظهور العرف في هذه البلدان بضعف نفوذ رجال الدين . وعدم قدرة القواعد الدينية عن مجاراة التطور الإجتماعي ، ولذلك سأعرض لهذين السببين في الآتي :

١- ضعف سلطة رجال الدين :-

نتيجة لإحتكار رجال الدين لكل سلطات الدولة ، بما فيها تعيين الملوك وعزلهم ، إستنادا إلي الوحي الإلهي فقد حاول الملوك الإنتقاص من نفوذ رجال الدين ، فقام نزاع بينهما إستمر قرونا طويلة وإنتهي بتقلص نفوز رجال الدين ، وحينئذ بدأ يظهر العرف كمصدر مستقل عن الدين ، وظهر العرف جليا في هذا الصدد عن طريق حصر أختصاصات رجال الدين في الأمور الدينية البحته ، كالزواج ، والزنا أما باقي النظم الإجتماعية فكانت تتطور وتحكم بمقتضى التقاليد العرفية . (١)

لكن يجب أن لايغيب عن البال ، أن القول بتعميم ذلك علي كل البلدان الشرقية فيه نوع من المغالطة . فالفصل بين الدين والقانون

(١) د / فايز حسين -- المرجع السابق -- ص ٦٠ .

يختلف من دولة إلي آخري ، إذا نجد أن بعض الشعوب الشرقية مثل اليـهود والهنود لم تتمكن من فصل الدين عن القانون إلا في حالات قليلة وبعد تطور طويل جدا لاحق لعصر التدوين ، بل وحتي الآن يعد النظام اليـهودي نظاما يغلب عليه الطابع الديني من كل الوجـوة ، ولذلك كان دور العرف في المجتمع اليهودي ، وما زال دورا ثانويا كمصدر للقانون وهناك شعوب أخري ، مثل المسلمين ، تفصل بين القانون والدين من حيث مصدر كل منهما ، ولكنها فصلت بينهما من حيث طبيعة قواعدهما والجزاء الذي يضمن إحترامها ، ولذلك لم يظهر العرف لديها كمصدر للقانون إلا بعد عصر التدوين أما بقية الشعوب الشرقية كمصر وبابل وأشور فقد فصلت بين الدين والقانون منذ زمن مبكر وقبل عصر التدوين وإن كان الدين ما زال له أثرة حتي بعد عصر التدوين .. ولذلك كان العرف مصدرا هاما للقانون لدي تلك الشعوب قبل التدوين (١) .

٢- جمود القواعد الدينية وعدم مجاراتها للتطور الإجتماعي :-

أن إحتكار الكهنة ورجال الدين لسلطة وضع القانون وتفسيرة في مرحلة التقاليد الدينية ، قد أضفي عليها نوع من القدسية التي يصعب معها تناولها بالإلغاء أو التغيير أو التبديل ، وهذا ما عجل بضعف السلطة الدينية وعدم الثقة في القواعد الصادرة عنها خاصة بعد تطور الظروف الإقتصادية تطورا ملموسا وإتساع المبادلات

---

(١) د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٣٨ .

وظهور التجارة علي نطاق واسع ، الأمر الذي لم يعد من الممكن معه قبول جمود القانون أو قدسيته ، نظراً لأن هذه القواعد الجامدة لا يمكن لها أن تحكم واقعا متغيرا ومتطورا . بالإضافة إلي أن تعدد الحوادث والوقائع بصفة مستمرة ومطرده لا يتفق مع جمود القواعد وقدسيتها ، وهذا ما أدي إلي ظهور العرف كمصدر للقانون بجانب القواعد الدينية [١] .

- مما سبق يتضح لنا أن هناك العديد من الأسباب التي ساهمت في ظهور العرف كمصدر للقانون ، سواء في البلدان الغربية أو الشرقية . ولكن هذه الأسباب تعد عنصرا مساهما فقط ، لأن التقاليد العرفية قد نشأت تلقائيا في المجتمعات المختلفة لتملأ الفراغ القانوني الذي نشأ عن إتساع دائرة العلاقات بين الأفراد والمجتمعات وبعضها البعض نتيجة للتطور الهائل الذي أصاب الأنشطة المختلفة في المجتمع سواء كانت إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية فتعارفوا علي مجموعة من القواعد تضمن استمرار نشاطهم وتحفظ حقوقهم وتضمن إستقرار حياتهم . هذه القواعد هي ما سميت بالتقاليد العرفيه ، وهذه القواعد هي الأكثر قربا إلي الطبيعة الإنسانية والإجتماعية ولذا فإنها تعد أكثر القواعد صدقا في التعبير عن ضمير المجتمع الذي تطّبق فيه [٢] .

---

(١) د / عبد العزيز شوكت - البدر الساطع فى تاريخ النظم والشرائع - المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

(٢) د / محمد الصافورى - المرجع السابق - ص ٩١ .

وهذه القـواعـد مـا دامت تنشـأ تلقـائيـا ، فـإنهـا تنشـأ في كل المجتمعات سـواء كانت هذه المجتمعات دينية أو غير دينية فوجودها لا يتوقف مباشرة علي الدين وأنما يتوقف علي حاجة الأفراد لها ، فإذا إحتـاج إليها المجتمع أفرزها بطريقة تلقائية وبدون تفكير أو تدبير كل ما في الأمـر أن مكانه العرف تـختلف من مـجـتمع إلي آخر فـهي في الغرب أكثر منها في الشرق لأن الشـرقيين جعلوها في المرتبة الثانية بعد الدين الذي ظل المصدر الأول للقواعد القـانونية ، وإن كانت هناك بعض الدول الشـرقية مـا جـعلته في مـرتبة مـتـقدمه عن الدين ، مثل مصر الذي تجعلة في المرتبه التاليه للتشريع .

المبحث الثالث

نتائج ظهور التقاليد العرفية

ترتب علي ظهور التقاليد العرفية كمصدر للقانون مجموعة من النتائج تدور كلـها حـول التـغير في هـيكل الظاهرة القـانونيـة فـبعـد أن كان ينظر الي الدين علي أنه المصـدر الأسـاسي لكل مـا هـو قـانوني ، أصبح الواقع الإجتمـاعي بكل مـا يـحملة من قيـم وتقـاليد وعـادات هو المصدر لأي قانون ، وتحولت الحياة القانونية من الصـفة الدينية ، إذ تراجع الدين ليصـبح مصدرا إحتيـاطيا للقانون ، وحل مـحلة العرف كمـصدر رئيسى . وقد ترتب علي هذا التـغيير عده نتائج نوردهـا فـي الآتي :

١- تعدد مصادر القانون :

أن مصادر القانون في مرحلة التقاليد الدينية كانت تنحصر في التعاليم الدينية بإعتبارها المصدر الوحيد للقانون ولكن بظهور التقاليد العرفية التي تنبع من الإرادة الإنسانية ومن ظروف المجتمع ، إنحصر دور الدين في نشأة القواعد القانونية . وأصبح العرف هو المصدر الرئيسى لقواعد القانون ، وإقتصر دور الديانة علي تنظيم العلاقات الإجتماعية التي تمس الديانه مثل الزواج والطلاق والنفقة ...الخ (١)

والي جانب العرف والديانة ظهر التشريع والفقة نتيجة لإنتشار الكتابة ورغبة المجتمعات في تعيين القوانين حتي لا تكون حكرا علي فئه معينه دون باقي فئات المجتمع ، ومن ثم تعددت مصادر القانون ، إبتداء من التشريع ، ومرورا بالعرف ثم إنتهاءا بالتقاليد الدينية ، التي تراجع دورها إلي مرتبة ثانوية إنحصر نطاقها في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية .

٢- القانون يعكس إرادة الشعب : -

لم يعد القانون وقفا علي رجال الدين ، يتوارثونه جيلا بعد جيل ، باعتبارهم المعبرين عن إرادة الآلهه بل أصبح معبرا عن إرادة الشعب وروحة وضميره ، ومحققا لمصالح أفرادة ، نظر ا لأنه يستند

---

(١) د/ صوفي أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٤١ ، د / محمد الصافورى - المرجع السابق - ص ٩٢ .

إلي موافقة الغالبية العظمي من الناس ويهدف إلي خير المجموع ، ومن ثم إنتهي العهد الذي كان المشرع يتكلم فيه بإسم الآلهه لتصبح رغبة الشعب وتقاليدة الراسخة هي أساس القانون ، وهذا هو ما عبر عنه واضعوا قانون الألواح الإثني عشر « إذ يقولون أن ماتأمر به أصوات الشعب يعد في النهاية هو القانون ، وأيضا ما قاله واضعوا قانون صولون في أثينا من أن الشعب الأفريقي هو الذي منح صولون سلطة وضع تشريعة .

(٣) قابليه القانون للتعديل والتغيير :

ترتب علي التغير في طبيعة القانون أنه لم يعد صيغة جامدة تتمتع بالقدسيه وعدم القابلية للتعديل والتغير ، بل أصبح عملا من صنع العقل البشري وجد ليملأ الفراغات القانونية التي أوجدتها الحاجات الإجتماعية والإقتصادية المتغيرة . ومن ثم أصبح القانون قابلا للتعديل ليلاءم تطورات المجتمع ولا تستطيع الديانه أن تقف حجر عثره في سبيل تعديلة ، فكلما تغير الواقع المحيط بالشعب تغيرت مفاهيم الشعب وإعتقاداته ، الأمر الذي ينعكس علي سلوكياته وإعتقاداته وتقاليده وأعرافة [١] .

وخير دليل علي قابلية القانون للتعديل أن قانون الألواح الإثني عشر قد نص علي أن القانون تعبير عن إرادة الشعب وأن القانون اللاحق ينسخ القانون السابق .

---

(١) د / فايز حسين – المرجع السابق – ص ٦٢ .

(٤) تغيير نوع الجزاء

ترتب علي التغير الذي حدث في طبيعة القانون ، أن أصبح الجزاء الذى يوقع علي من يخالفة جزاءا مدنيا بحتا ، وأصبحت السلطة القائمة علي تنفيذه سلطة زمنيه بعيده عن الكهنه ورجال الدين ، وبذلك وضحت تماما معالم القاعدة القانونية وإنفصلت إنفصالا لا يكاد يكون مطلقا عن القواعد الدينية ، وبهذا أصبح االقانون نظاما إجتماعيا أكثر مما يكون نظاما دينيا (١).

(٥) علانيه القانون :-

في ظل التقاليد الدينية كان القانون سرا لا يجوز لغير رجال الدين الإطلاع عليه أو كشف أسراره وإحتكار المعرفة بالقانون من قبل رجال الدين قد أدي إلي كثير من السلبيات كجهل الأفراد بحقواقهم وواجباتهم وإدعاء رجال الدين حقوق وامتيازات لهم بإسم الدين ، وهذا ما أدي إلي إختلال المراكز القانونية للأفراد فى بعض المجتمعات ، وأدي إلي الثورة ضد رجال الدين في المجتمعات الأخري لفصل السلطة الدينية عن السلطة الزمنية .

ولكن في ظل التقاليد العرفية ، لم يكن هناك محلا لإخفاءها ، نظرا لإنها تنتج بطريقة تلقائية نتيجة لإقتناع أفراد المجتمع بها ، وموافقتهم عليها لحكم سلوكهم ، ومن ثم أصبحت القواعد القانونية ،سواء في صورة عرفية أو في صورة تشريع ، تتسم بالعلانية ،

(١) د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٤٠ .

وأصبح في مقدور الناس أن ينطقوا بها دون أدني ضرر بل الأكثر من ذلك أن الكثير من أفراد الشعب أصبح يحق لهم شرح وتفسير القواعد القانونية وهذا ما أدي إلي ظهور الفقة بإعتباره مصدرا للقانون .

(٦) المساواه بين الناس :-

أن تطور الظروف المختلفة للمجتمع ، أدي إلي تغير طبيعة القانون ومصادره ، فأصبح القانون معلوما للكافة من أفراد المجتمع ، ولم يعد ستار تختفي وراءه فئه معينه من فئات المجتمع من أجل الحصول علي أمتيازات ترفعهم فوق الأخرين ، ومن ثم ترسخت فكرة مساواه جميع الأفراد أمام القانون ، وزالت مع الوقت الفروق الطبقية بفضل التقدم الكبير في المجالات الإقتصادية والإجتماعية والفكرية ، وإستمرار مبدأ المساواه في الإنتشار حتي تساوي الأفراد في الحقوق والواجبات بعد تقدم المدنية ولم يبق محروما من المساواه سوي طبقة الرقيق التي قضى عليها القانون الحديث وذلك بإلغاء نظام الرق [(١)] .

(٧) مسؤلية الحكام أمام شعوبهم :-

في ظل التقاليد الدينية كان الحاكم بمثابة الوسيط بين الآلهه والناس أو ممثلا للآلهه ولذلك فإن ما ينطق به هو الحق والعدل ، ومن ثم لم يكن مسؤلا أمام الأفراد وإنما مسؤلا أمام الآلهه . فسلطته

---

(١) د / صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٣٩ ، د / محمد الصافورى – المرجع السابق – ص ٩٩ .

كانت مطلقة نظرا لأنها كانت تستند إلي الوحي الإلهي ، أما في ظل التقاليد العرفية لم يعد الحاكم إلها أو ممثلا للآله ، وإنما هو مختار من قبل الأفراد الذين يحق لهم إختياره لتحقيق سياسة معينه تهدف إلي رعايتهم وتحقيق الخير لهم . ولذلك فإن الشعب يعتبر مصدر سلطته . وبالتالي يكون الحاكم مسؤلا أمام هذا الشعب الذي إختاره. ومن ثم تحولت سلطة الحكام من الثيوقراطية إلي الديمقراطية .

وخير دليل علي ذلك ظهور مبدأ انتخاب الحاكم في روما والمدن الإفريقية . حيث يتولي الحكم فيها من يفوز برضاء وأغلبية المحكومين، أي من يحصل علي أكبر عدد من أصواتهم في الإنتخاب ، ولذلك لم يعد الحاكم يحكم بإسم ولصالح طبقة بعينها في المجتمع ، بل يحكم بإسم ولصالح الأغلبية .

الفصل الثانى

مرحلة التقاليد العرفية والنظم القانونية

تمتع العرف بمكانة سامية في المجتمعات القديمة ، وذلك نظراً لعدم انتشار الكتابة ، وعدم تركيز السلطة فى أغلبية دول العالم القديم . كما يعود أيضاً الى عدم تدخل الدول فى العصور القديمة فى أغلب مسائل القانون الخاص وتمسك شعوب هذه الدول بالتقاليد الموروثة ، مما أدى فى النهاية الي تفوق العرف علي القواعد القانونية المكتوبة التي كانت تتصف بالندرة ، ويغلب عليها طابع تجميع القواعد العرفية السابقة .

وكان للعرف أثره على الأنظمة القانونية السائدة فى هذه المرحلة ، سواء كانت نظم القانون العام أو الخاص ، وهذا مانعرض له فى المباحث الآتية : -

المبحث الأول

أثر العرف علي نظم القانون العام

أثر العرف تأثير كبيراً على نظم القانون العام ، سواء فيما يتعلق بشكل ألوحدة السياسية القائمه ، أو بنظام القضاء فيها ، والعقوبات التى يوقعها القضاء .

أولاً : فكرة الدولة بالمفهوم السياسى :-

فى ظل هذه المرحلة ظهرت الدولة كوحدة سياسية للمجتمعات الإنسانية ، وإنقشعت صور القبلية والعشيرة . وأصبحت الأسرة مجرد وحدة اجتماعية داخل الدولة ، بعد أن كانت تكون بذاتها وحدة اجتماعية وسياسية واقتصادية . وصارت العلاقة بين أفراد الشعب تقوم علي ميعار المواطنة بعد أن كانت تقوم فى ظل نظام العشيرة والقبيلة على أساس الإنتماء الى جد مشترك أو الى أصل عائلى واحد .

– ونظراً لإتساع رقعة الدولة ، تم تقسيمها الي قطاعات إقليمية ووظيفية ، كل منها له إداراته المختلفة التى تقوم علي شئونه ويتولا ها أفراد عاديون (١) . وبالإضافة الى ذلك كانت تعتبر الدولة وحدة سياسية وإقتصادية وإجتماعية قائمة بذاتها ، وتتمتع بالإستقلال فى مواجهة الدول الأخرى . لكن هذا الأستقلال لايعني إنعزال الدولة عن

---

(١) د / محمد على الصافورى – المرجع السابق – ص٩٩ .

المجتمعات الأخرى ، وإنما يمكنها الدخول فى علاقات مع غيرها من الدول الأخرى ، لاسيما العلاقات التجارية الدولية . ومن ناحية مضمون الحكم ، فإنه قد تغير من الثيوقراطية - التى كانت سائدة فى ظل مرحلة التقاليد الدينية ، والتى كانت متمشية مع الفكر الدينى السائد لدى الجماعة حيث كانت الديانة هي مصدر جميع القواعد التى تنظم حياة الجماعة الى الديمقراطية وذلك نظراً لظهور مصادر إنسانية للقواعد التي تنظم حياة وسلوك الأفراد داخل المجتمع والدولة مع ذبول الطابع الدينى للدولة وإحلال الطابع الدنيوى محله بطريقة تدريجية .

- وتحول الحكم من الثيوقراطية الى الديمقراطية لم يحدث بطريقة فجائية ، وإنما مر بمراحل مختلفة ، حيث نجد أن المجتمعات التى حدث فيها هذا التطور ، قد إنتقلت من الثيوقراطية الي حكم الأقلية ، نتيجة لظهور طبقة من أصحاب المصالح الذين نازعوا رجال الدين السلطة ، وانتهى الأمر بانتقال الحكم اليهم فأصبحوا حكومة أقلية أو حكومة ارستقراطية .

- ونظراً لإستغلال عامة الشعب من قبل هذه الفئة الحاكمة ، وإثقال كاهلهم بالديون والضرائب ، دفع العامة الى القيام بالثورات فى مواجهة الطبقة الأرستقراطية ، للمساواة بهم فى الحقوق العامة وفي الإشتراك معهم فى مناصب الحكم . وقد تحقق ذلك فى .. .. روما والمدن الأغريقية كما ذكرنا آنفاً . فتحول على أثرى ذلك نظام الحكم من حكم الأقلية الى الحكم الديمقراطى ، الذي يعنى انتقال

الحكم الي الشعب ليدير شئونه بنفسه من أجل تحقيق مصالحه . وبذلك تتحقق الفكرة الديمقراطية التي تقضى بأن يحكم الشعب نفسه بنفسه .

ثانيا : نظام القضاء والعقوبات :

بعد أن كان القضاء دينيا فى ظل مرحلة التقاليد الدينية ، فإنه أصبح مدنياً يتولاه مرفقاً منظماً له ذاتيه المستقلة وذلك بعد أن كان مندمجاً فى سلطات رجال الدين كما أن نظام الجريمة والعقوبة قد إصطبغ بالصبغة المدنية بعد أن كان يتسم بالطابع الدينى .

أولاً : نظام القضاء ونظام التحكيم :

١ - نظام القضاء :

لما تحولت السلطة السياسية من الثيوقراطية الى المدنية تحول القضاء أيضاً من القضاء الديني الي القضاء المدنى وأصبح الذين يمارسونه رجال عاديون ليسوا بالضرورة من رجال الدين يطبقون القواعد العرفية أو قواعد التشريعات التى تصدرها الجماعة . وأصبح مرفق القضاء منظماً من قبل الدولة ، له رجاله المتخصصون الذين يقومون عليه وهم القضاة الذين يعينهم رئيس الدولة والذين يقومون بأداء وظائفهم من خلال المحاكم التى حلت محل المعابد .

كما أن الدولة قد حددت اختصاصات المحاكم نوعياً ومكانياً ، فصار لكل محكمة نطاق جغرافى معين ، وتختص بنظر ما ينشأ فيه

من منازعات ، كما صارت هناك محاكم تختص بالفصل فى المنازعات المدنية وأخرى تختص بالفصل فى المنازعات الجنائية وثالثة تختص بالفصل فى المنازعات الإدارية .

وتحددت مواعيد وإجراءات لرفع الدعاوى ولم تترك لهوى المتنازعين ، وذلك حتى تستقر حقوق ومراكز الأفراد فلا يفاجئوا برفع القضايا ضدهم .

وأغلب النظم القضائية كانت تستخدم الكتابة فى إصدار الأحكام بعد أن كانت تصدر شفاهة ، وهذا ما ساعد على حفظ القضايا والأحكام وتكوين تراث قضائي للمجتمعات القديمة (١) .

٢ - نظام التحكيم :

بجانب نظام القضاء ، وجد نظاماً آخر لفض المنازعات بين الأفراد ، كان يتم اتباعه فى المجتمعات القبلية حيث لايتمتع شيخ القبيلة عادة بسلطة القهر علي أفراد القبيلة . كما يتبع أيضاً فى المجتمعات الحضرية التى لاتوجد بها سلطة مركزية قوية كما هو الحال فى مكة ويثرب . كذلك قد يتم اللجوء إليه فى حالة إنتماء الخصمين المتنازعين الى قبائل أو مدن مختلفة .

---

(١) د / محمد على الصافورى – المرجع السابق – ص ١٠١ وما بعدها . د / عادل جبرى محمد – المرجع السابق – ص ٧٠ ومابعدها .

ويختلف نظام التحكيم عن القضاء ، فى أن المحكم ليس موظفاً من موظفى الدولة ، وإنما هو فرد عادى يستمد سلطته فى الحكم من اختيار الخصمين له وتفويضهما إياه للفصل فى الخصومة الناشئة بينهما ، ولذلك فإن حكمه لاينفذ قهراً وإنما ينفذه المحكوم عليه طواعية .

– وهذا النظام قد وجد فى غالبية المجتمعات القديمة ، وذلك عندما تهذبت العقلية الإنسانية ، وبدأ منطق القوة يتوارى فى مقابل ظهور منطق الإعتراف بالحقوق المتبادلة بين الأفراد ، وتفهم الإنسان لأهميته فى دفع عجلة التنمية فى المجتمع ، فبدأ يفكر فى وسيلة تضمن سلامته وفى نفس الوقت تتولى تحقيق العدالة بين المتخاصمين فإتجه تفكيره الي التحكيم .

– ولبيان أثر التقاليد العرفية علي نظام التحكيم فإننا نبين لكيفية انتشاره كوسيلة لفض المنازعات عند العرب قبل الأسلام ، موضحين للقواعد العرفية التى تنظمه من جوانبه المختلفة .

- فمن حيث شروط المحكم :-

يجب أن تتوافر له القدرة علي إصدار حكم صحيح وعادل . ولن يمتلك هذه القدرة إلا إذا كان علي دراية كافية بالأعراف والتقاليد العربية . كما يجب أن يكون فطناً ذكياً قادراً على استنباط الأحكام . ومعنى ذلك أن يتوافر فيه الخبرة والتجربة . وأن يكون معروفا

بالنزاهة والعدل والصدق والأمانة [١] .

أما من حيث إختصاص المحكم :-

كان السائد عند العرب قديماً أن المحكم يختص بكل المسائل دون تفرقة بين مايتعلق منها بالأحوال الشخصية أو يتعلق بالمعاملات. إذ كان من الممكن الإستعانة بالحكام فى فض المنازعات المتعلقة بالوصية والميراث والملكية والنسب والجرائم [٢] ، بل أن اختصاص المحكم عند العرب قبل الإسلام يمكن أن يمتد الي منازعات تخرج عن المجال التقليدى للقانون . فقد كان من الشائع مثلاً أن يتنافر شخصان أو عشيرتان أو قبيلتان الي أحد الحكام ليفصل فى أيهما أشرف نسباً أو أكرم مجداً أو أعلى مقاما . فلم يعرف العرب قبل الإسلام فكرة الإختصاص النوعى أو المكانى . وهذا ماكان يعد نتيجة منطقية وطبيعية لكون المحكم شخصاً عادياً لا تفرضه سلطة وإنما يختاره الخصوم بأنفسهم . فمن حقهم أن يختاروا الشخص الذى يحظى بثقتهم بغض النظر عن نوع النزاع أو موطن الحكم .

أما بالنسبة لكيفية اختيار المحكم : فإن إختياره يرجع الى الإرادة الحره للمتخاصمين ، حيث يكون لهم مطلق الحرية فى

---

(١) د / محمود سلامه زناتى – نظم العرب قبل الاسلام – سنه ١٩٩٢ – ص ٢١٣ .

(٢) د / فايز حسين – المرجع السابق – ص ٧٢ .

اختياره. وقد يفوض الخصمين أحد الأشخاص فى إختيار وتعيين المحكم .

أما بالنسبة للقواعد التى يطبقها الحكم : فإنه كان يطبق علي النزاع المعروض أمامه القواعد التى يقضى بها العرف ، فإن لم يجد حلا يطبق الحكم ما يتلائم مع النزاع من سوابق قضائية .

– **أما بالنسبة لقواعد صدور الحكم** : فكان يصـــدر الحكم شفاهة أمام جميع الحضور بعد أن يستوفى كل متطلبات الحكم من سماع إدعاءات الطرفين وسماع الشهود . ويعد صدور الحكم يلتزم الطرفات بتنفيذه .

ثانياً : نظام الجريمة والعقاب :

كان للعرف أثره علي نظام الجريمة والعقوبة فى المجتمعات القديمة ، إذ اتسمت الجريمة والعقوبة بالطابع المدني بعد أن كانت تتسم بالطابع الدينى . ويبدو ذلك فى الآتى : –

١ – **إتساع مفهوم الجريمة العامة** : فبعد أن كان الأعتقاد السائد لدى المجتمعات القديمة فى عصر القوة والتقاليد الدينية أن الجريمة والعقوبة هي شأن خاص بالأفراد لا دخل للجماعات فيه ، إذ كان يتولى الفرد توقيع العقوبة بنفسه علي الجانى أصبح المجتمع ينظر الى الجريمة على أنها إخلال بالأمن العام ولو لم تكن تمس غير المجنى عليه (كالضرب أو القتل أو الإصابة الخطأ) . وبذلك اتسع مفهوم الجريمة العامه وأصبحت محل إهتمام الدولة التى خصصت

بعض أجهزتها لمقاومة الجريمة أو لضبط مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة [١] .

٢ – **التمييز بين الجرائم العمدية وغير العمدية** : – كان لتقدم الفكر القانوني فى ظل هذه الفترة أثره فى التمييز بين الجرائم العمدية الذى تتجه فيها النية الي إرتكاب الجريمة ، والجرائم غير العمدية التي تقع بطريق الخطأ أو الإهمال . وترتب علي هذا التمييز اختلاف العقوبة علي الفعل الواحد بحسب ما إذا كان عمدياً أو غير عمدى . ففى حالة العمد تكون العقوبة أشد ، أما فى الجرائم غير العمدية تكون العقوبة أخف ، بل وقد يكتفي بالغرامة كعقوبة مالية بدلاً من إنزال عقوبة بدنية بالفاعل .

– وهذا التقسيم قد أخذت به التشريعات الحديثة ، إذ فرقت بين الجريمة العمدية وغير العمدية . إذ إعتبرت الجريمة المصحوبة بالقصد الجنائي جناية ، يشدد العقاب علي مرتكبها ، أما الجريمة التى تقع بطريق الخطأ أو الإهمال بمثابة جنحة يمكن أن ينزل العقاب بشأنها إلى حد الإكتفاء بالغرامة المالية ، كما يحدث فى جرائم الإصابة الخطأ فى التشريع الجنائي الفرنسى والمصرى .

(١) د / محمد الصافورى – المرجع السابق – ص ١٠٣ .

٣ - مراعاة الظروف المؤثرة علي الجريمة تشديداً وتخفيفاً : -

أن الظروف التى تؤثر علي الجريمة سواء بالتشديد أو التخفيف فى التشريعات الحديثة تجد أصلها التاريخى لدى المجتمعات القديمة حيث قد أخذت هذه المجتمعات بالظروف المؤثرة علي العقوبة (تشديداً أو تخفيفاً) ، فقد يحدث الفعل فى ظروف تستدعى توقيع أشد العقوبة علي من إرتكبه ، وقد يحدث نفس الفعل فى ظروف أخرى تستوجب تخفيف العقاب عن الفاعل أو تستوجب الحكم عليه بالبراءة . ومن أمثلة الإعتداد بالظروف المؤثرة علي العقاب : فعل القتل ، فإنه إذا تم عمداً فإن أكثر المجتمعات كانت ترى أن العقاب الواجب فى مثل هذه الحالة هو إعدام القاتل . أما إذا وقع خطأ وبدون قصد جنائي فإن أغلب المجتمعات كانت تأخذ بالديه ، أما إذا وقع القتل فى حالة الدفاع عن النفس ، فإن أغلب الشرائع كانت تقضى ببرائة الفاعل .

المبحث الثانى

أثر العرف علي نظم القانون الخاص

كان للعرف تأثيراً كبيراً – فى ظل هذه الفترة – علي أنظمة القانون الخاص ، حيث تأثرت الأنظمة القانونية بالظروف المختلفة للمجتمع فى ظل هذه الفترة سواء كانت ظروف إجتماعية أو سياسية أو إقتصادية . فتغير هذه الظروف ولد لمجموعة من الأعراف والتقاليد التى تحكم العلاقات بين الناس ، ولا سيما فى مجال القانون الخاص الذي يترك الجانب الأكبر منه – حتى فى العصر الحديث – لإرادة الأطراف . ودائما ماتجنح إرادة الأفراد الي جانب الأعراف والتقاليد السائدة . ومن الأنظمة التى تأثرت بهذه الأعراف فى مجال القانون الخاص نظام الأسرة ، والمعاملات ، ولذلك سنركز الضوء علي هذين المجالين علي التوالي : –

أولا : نظام الأسرة :–

استحدثت التقاليد العرفية نظماً اجتماعية معينة ، بعضها يخص نظام الزواج ونظام الطلاق ، وبعضها الآخر يخص بعض النظم الإجتماعية التي إندثرت فى الوقت المعاصر لأنها أصبحت لا تتفق وظروف المجتمع . ومن هذه النظم مايلى : –

١ – نظام الزواج المؤقت :

يقصد بهذا النوع من الزواج ، الزواج الذى تحدد له منذ

إنعقاده مدة معينة ينتهى بانتهائها ، وليس ثمة حد أقصى أو حد أدنى لهذه المدة .

وهذا النوع من الزواج قد ظهر الي حيز الوجود تحت تأثير اعتبارات متعددة ، منها إغتراب الرجال عن مواطنهم الأصلية ، لكثرة سفرهم وإرتحالهم من مكان الي آخر إما بحثاً عن أسباب العيش وإما مقتضيات التجارة (١) .

وهناك العديد من الشواهد علي ممارسة هذا النوع من الزواج في بلاد الحضارات القديمة مثل مصر وبابل وبعض أجزاء من الجزيرة العربية .

ففى جنوب الجزيرة العربية ، كان ينتشر هذا النوع ، كما يقول المورخ الرومانى أميانومس مارسيلينوس « أن عرب العربية السعيده يمضون حياتهم فى تجولات مستمرة . وهم يؤجرون نساءهم لقاء مبلغ من النقود لمدة محدودة طبقاً للإتفاق ، ولجعله نوعاً من الزواج ، تهب الزوجة المقبله لزوجها على سبيل البائنة حرية وخيمة لكى تتركه بعد حلول اليوم المحدد » (٢) .

- وكذلك عرف العرب هذا النوع من الزواج قبل الإسلام تحت ضغط ظروف إجتماعية إقتضته ، إذ كان العرب يعملون بالتجارة

---

(١) د / محمود سلامه زناتى - نظم العرب قبل الاسلام - سنه ١٩٩٢ - ص ١٥ .

(٢) د / محمود سلامه زناتى - نظم العرب قبل الاسلام - سنه ١٩٩٢ - ص ١٦ .

الأمر الذي كان يستوجب عليهم التنقل والترحال بعيداً عن موطنهم لمدد قد تطول لعدة شهور . وهذا الأمر كان يدفعهم لإتخاذ نساء تقوم بخدمتهم من أى بلد يطون بها التجارة على أن تنتهى علاقتهم بمن اتخذوهم من النساء بانتهاء رحلتهم .

– وقد ظل المسلمين العرب يمارسون هذا النوع من الزواج إلى أن تم تحريمه ، إذ ورد عن الرسول ﷺ أنه قال فى خطبة القاها علي المسلمين بعد فتح مكة « يا أيها الناس إن كنت قد أذنت لكم فى الإستمتاع بالنساء وإن الله حرم ذلك الى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيله ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً » (١) .

– فهذا النظام كان وليد الظروف المختلفة للمجتمع فى ظل هذه الفترة . إذ كان لظهور التجارة وإنتقالها من الحيز الداخلى الى الحيز الخارجى – حيث بدأت التجارة بين العديد من الشعوب ،

---

(١) ومما يؤكد ما جاء فى صحيح مسلم عن الربيع بن سيره الجهنى عن أبيه سيره أنه قال : أذن لنا رسول الله صلى الله علية وسلم بالمتعه ، فإنطلقت أنا ورجل إلى مرأه من بنى عامر كأنها بكرة عيطاء ، فعرضنا عليها أنفسنا فقالت ما تعطى ، فقلت : ردائى ، وقال صاحبى ردائى . وكان رداء صاحبى أجود من ردائي ، وكنت أشبّ منه ، فإذا نظرت إلى رداء صاحبى أعجبها وإذا نظرت إليّ أعجبيتها ثم قالت أنت ورداؤك يكفينى ، فمكثت معها ثلاثا ثم أن رسول الله قال من كان عندة شيئ من هذه النساء التى يتمتع فليخل سبيلها » .

(صحيح مسلم – شرح النواوى – جـ ٩ – ص ١٨٤)

متخطية الحدود الأقليمية ، إلى ظهور هذا النوع وإنتشاره فى الحضارات القديمة .

أ- نظام الخلافة على الأرامل :

من الأنظمة القانونية التي أوجدها العرف فى المجتمعات القديمة مايسمي بنظام الخلافة على الأرامل .

ويعنى هذا النظام خلافة أحد أقارب المتوفى علي زوجته أو زوجاته إذا كان له أكثر من زوجة . وتخضع الخلافة على الأرامل لمجموعة من القواعد المتشابهة فى المجتمعات القديمة . ومن هذه القواعد شيوعاً تلك التي تقضي بعدم إعتبار العلاقة بين الأورملة وقريب زوجها زواجاً جديداً . وهو مايترتب عليه عدم دفع قريب الزوج لمهراً جديد وإنما يباشرها بالمهر الذي دفعه الزوج المتوفى .

– ويعد نظام الخلافة على الأرامل من الأنظمة العتيقة التى وجدت منذ زمن بعيد ، وفى أغلب المجتمعات . فالأشوريين عدفوا نظام الخلافة على الأرامل ، ويدل علي ذلك النصوص القانونية التي عثر عليها فى مدينة آشور القديمة . ومنها نجد أنها قضت بأنها أى الزوجة – تعيش فى بيت أحد أبنائها وفقاً لإختيارها . أما إذا لم يكن لها أبناء كان لحميها أن يزوجها ممن يختاره لها من أبنائه (١) .

– وفى بادئ الأمر عند اليهود نجد أن أخو الميت الأكبر كان

(١) د / محمود سلامه زناتي – المرجع السابق – ص ١٨ ومابعدها .

يقع عليه عبء معاشرة أرملة أخيه ، اللهم إلا إذا كان هناك أخ أصغر منه على استعداد من الزواج منها . ففى هذه الحالة يعفى الأخ الأكبر من الزواج من أرملة أخيه . وإذا كان أخو الميت صغيراً التزمت الأرملة بالإنتظار ، وإذا لم يكن للميت أخوة إنتقل واجب الزواج من الأرملة إلى أبيه . وإذا لم يكن له أخ أو أب إنتقل الي أقرب المقربين إليه .

ثم تطور الأمر بعد ذلك ، وأصبح واجب الزواج من الأرملة مقصوراً على الإخوة الذين يعيشون معاً . وهذا الواجب لم يعد إلزامياً ، إذ يجوز لأخو الزوج أن يرفض الزواج من أرملة أخيه (١).

ووجد نظام الخلافة على الأرامل عند العرب قبل الإسلام . إذ كان لإبن الميت أو أخوه أو أحد عصبته الاخرين الحق فى معاشرة الأرملة . ومما يدل علي ذلك ما رواه السُّدى حيث يقول « أن الرجل فى الجاهلية كان يموت أبوه أو أخوه أو إبنه ، فإذا مات وترك إمرأته فإن سبق وارث الميت فألقى عليها ثوبه فهو أحق بها أن ينكحها بمهر صاحبه أو ينكحها فيأخذ مهرها ، وإن سبقته الى أهلها فهم أحق بنفسها » .

– وظل نظام الخلافة علي الأرامل معمولاً به إلى أن جاء الإسلام وحرمه بالأيتين الكريمتين « يا أيها الذين آمنوا لايحل لكم

---

(١) د / فايز حسين – المرجع السابق – ص ٧٧ .

أن ترثوا النساء كرها » [١] .. « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » . فالآية الأولى قد حرمت وراثة النساء رغماً عنهن . والآية الثانية حرمت الخلافة على الأرملة حتى ولو كان برضاها .

٣ - المهر والدوطه :

جرت العادة أن يقدم الراغب فى الزواج الى الفتاة التى يرغب فيها بعض الهدايا التى تتمثل فى منقولات متنوعة البعض منها يوزع على أفراد وأسرة الفتاة وبعضها الآخر تستغل فى وليمة الزواج . فضلاً عن القرابين التى كانت تقدم الى الآلهة بمناسبة الزواج من الخراف والجمال والطيور . ثم ظهر تطور فى نظام المهر ، فبالرغم من أنه ظل ملكاً للأسرة التى منها الزوجة ، فالأب أصبح ملتزماً بمنح إبنته عند زواجها قدراً من الأموال يعادل أو يزيد مايأخذه من مهر . وهو مايعرف بالدوطه ، وتظل ملكيتها ثابتة لها حتى بعد الزواج ولا يجوز لها أو لزوجها حق التصرف فيها . وتنتقل ملكيتها الى الأبناء بعد وفاة الأم أو الى الأسرة إن لم تترك أولاداً [٢] .

- ولا شك أن العرف لدى المجتمعات القديمة هو الذي كان يحدد نوع المهر ومقداره ، وصاحب الحق فيه وفقاً لظروف كل مجتمع من المجتمعات القديمة .

---

(١) سورة النساء - الآيه ١٩ .

(٢) د / لاشين محمد الغاياتى - الوجيز فى التنظيم القانونيه الاجتماعيه - سنه ١٩٨٥ - ص ١٢٣ .

فالمهر عند العرب قبل الإسلام كان معروفاً ، ويتأثر بالأعراف السائدة من حيث نوعه ومقداره وكيفية دفعه ، والمسئول عنه ، وصاحب الحق فيه ، وحالات إسترداده .

فمن حيث نوعه : نجد أنه كان يختلف لدى العرب من مجتمع الي مجتمع حسب طبيعته الإجتماعية . ففى المجتمعات الرعوية الخالصة كان المهر يتمثل فى عدد من رؤوس الحيوانات التي تقتنيها القبيلة . وفى المجتمعات العربية التى لا تمارس الرعى أولا تقتنى قطعاناً كبيرة من الأبل ، يتخذ المهر صورة قدر من النقود أو كمية من معدن نفيس أو مساحة من الأرض ، ففى مكة – على سبيل المثال – حيث كانت التجارة منتشرة ، والنقود والمعادن النفيسة شائعة الإستعمال كان المهر يتثمل أحياناً في مبلغ من النقود أو قدر من معدن نفيس .

– **أما من حيث مقداره** : فكان يختلف من قبيلة الى أخرى، بل كان يختلف مقدار المهر داخل القبيلة الواحدة تبعاً للظروف المختلفة لطوائف القبيلة ، فكان مقداره يتوقف على ثراء الراغب فى الزواج أو أسرته كما كان يتوقف علي وضع المرأة الإجتماعي . فالمهور التى تدفع من أجل بنات شيوخ القبائل وسادتها كانت تتجاوز بكثير المهور التي تدفع من أجل بنات عامة أفراد القبيلة . وأيضاً صفات المرأة وجمالها كان له نصيب وافر فى تحديد مقدار المهر. إذ أن جمال خلقة المرأة وحسن خلقها كان يزيد من مقدار مهرها . وكذلك كان يختلف مقدار المهر بحسب ما إذا كانت البنت بكراً أو ثيبا، فإذا كانت البنت

بكراً زاد مقدار مهرها عما إذا كانت ثيبا ، حيث أن البكر تكون فرصتها فى الإنجاب أكثر اتساعاً من فرصة إمرأة سبق لها الزواج وطلقت أو ترملت .

كذلك كان يختلف مقدار المهر لدى العرب قبل الإسلام تبعاً لنوع الزواج . إذ كان مقداره فى الزواج العادى أكبر منه فى الزواج المؤقت أو زواج المتعة ، حيث كان يقتصر المهر فى الزواج المؤقت أو زواج المتعة على تقديم هدية أو صداق الى المرأة نفسها .

أما من حيث كيفية دفع المهر : فكان المهر يدفع علانية ، على مرأى ومسمع من عدد من الشهود ، أما من حيث الوقت الذي يدفع فيه ، نجد أن هناك تفاوتاً بين القبائل غير العربية . فالبعض منها كان يستلزم دفع المهر كاملاً قبل إنتقال الزوجة الى زوجها . والبعض الآخر كان يستلزم دفع جزء من المهر قبل الزواج والجزء الآخر أثناء قيام الرابطة الزوجية . والبعض الآخر من هذه المجتمعات كان يجري العرف فيها علي عدم دفع أى جزء من المهر إلا بعد أن تلد المرأة طفلها الأول ، ومن المحتمل أن العرب قبل الإسلام لم يكونوا يسيرون على نمط واحد من حيث وقت دفع المهر نظراً لما كان بينهم من تفاوت فى مقدار المهر (١) .

- **أما من حيث المسئول عن دفع المهر** : كان يختلف المسئول

---

(١) د / محمود سلامه زناتي - المرجع السابق - ص ٥١ .

عن دفع المهر فى المجتمعات العربية قبل الإسلام ، بحسب ما إذا كان الراغب فى الزواج يمتلك ثروة خاصة به أم يعيش فى كنف أسرته . فإذا كان له ثروته الخاصة فإنه كان يقوم بتوفير رؤوس الحيوانات أو مقدار النقود أو غير ذلك من الأشياء التي كان من اللازم دفعها كمهر من أجل زوجته المقبلة . أما إذا كان مجرداً من الثرورة ويعيش فى كنف أسرته ، فإن أبيه يتولي دفع المهر لحساب إبنه .

- ولدى كثير من القبائل الأفريقية يسود عرف يقضى بمساهمة عدد من أقارب الراغب فى الزواج فى توفير المهر اللازم لزواجه . ويحدد العرف في كل قبيلة الأقارب الملزمين بالمساهمة فى جمع المهر ، كما يحدد نصيب كل منهم فيه .

- أما من حيث صاحب الحق فيه : -

إن العرف لدى المجتمعات القبلية العربية التى عاشت قبل الإسلام ، كان يجري باعتبار المهر حقاً لأهل المرأة وبخاصة وليها ، دون المرأة نفسها . ولما جاء الإسلام جعل المهر حقاً خالصاً للمرأة . فلم يعد لأبى المرأة أو وليها حق فى شئ منه .

- أما من حيث حالات إسترداده : -

إن العرف كان يجرى عند العرب قبل الإسلام ، على ان يطالب الزوج عند تطليقه زوجته بكل مادفع من مهر أو على الأقل بجزء منه . وظل الحال كذلك بعد مجيئ الإسلام . ويدل على ذلك قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم

أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها » (١) . وقوله تعالى « وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا » (٢) .

وقد استمر العرف الذى يعطى الزوج الحق فى المطالبة بإسترداد المهر أو جزء منه عند الطلاق متبعاً لدى بعض القبائل البدوية المعاصرة .

– مما سبق يتضح لنا مدى تأثير الأعراف والتقـ... اوجدتها الظروف المختلفة للمجتمعات القديمة على الأنظـ... المختلفة لهذه المجتمعات ، وبصفة خاصة أنظمة الزواج ومارسة... من أنظمة أخرى .

ثانيا: نظام المعاملات (العقود) :-

أثر العرف فى هذه الفترة على نظم الملكية والعقود ، مثل البيع والإيجار والمزارعة وإيجار المساكن وعقد العمل وعقد المقاولة والقرض . ونتولى بيان ذلك علي التوالى : –

---

(١) سوره البقره – الآيه – ٢٢٩ .

(٢) سوره النساء – الآيه – ٢٠ .

١ - **الملكية** : أن أراضى الدوا . ى مرحلة التقاليد الدينية كانت ملكاً للآلهة ، وللأفراد عليها فقط حق الإنتفاع بها .

ولكن مع تطور الظروف المختلفة للمجتمع ، وجنوحه عن فكرة الإلوهية ، بدأ نظام الحكم يتحول من الملكية المطلقة الى حكم الأقلية ، ثم الي الحكم الديمقراطى . وكان لهذا التحول أثره علي نظام الملكية ، إذ أصبحت الأرض ملكاً للشعب فى جموعه .

ثم تطورت الحالة الإقتصادية والإجتماعية مما أدى الى توسيع الملكية الفردية للعقارات بجانب ملكية الأسرة ممثلة في ربها وملكية القرية أو المدينة التى حلت محل القبيلة (١) .

- وفضلاً عن ذلك فإن المنقولات كانت مملوكة لرب الأسرة الأفراد وبمقتضاها فإنها تخول صاحبها حق الأستعمال والأستغلا والتصرف فيها دون قيد أو شرط .

- وكأثر للتقاليد العرفية وجدت الأرض المحبوسة عن التداول والتى توقف على المعابد الدينية ، للإنفاق من ريعها علي الشعـ الدينية وأعمال البر العامه .

٢ - **العقود** : كان للتقاليد العرفية في ظل هذه الفترة آثاره على الأنظمة القانونية المختلفة للعقود ، مثل البيع والإيجار بأنواعه الثلاثة (إيجار الأشياء - إيجار الأشخاص - إيجار الصنعة)

---

(١) د / لاشين محمد الغاياتي – المرجع

ولذلك نعرض لهذين النوعين من العقود .

أ- عقد البيع :-

أن عقد البيع كان يتطلب توافر أركان ثلاثة : - ركن الرضا : ويعنى به اتفاق البائع والمشتري علي المحل والثمن . وركن المحل ، ويعني به الشئ المبيع ، وركن الثمن المقرر للبيع .

- أما من حيث ركن الإتفاق ، فإنه يعد ركناً أساسياً في عقد البيع ، بل في جميع العقود التى تصدر عن إرادة حرة بدون إجبار . ولكن قد تأتى ظروف تجعل الإنسان مضطر للبيع كالملاك لعين مشتركة على الشيوع مما يصعب استعمال الفرد لحقه ، وكالورثة الذين يسعون لبيع أنصبتهم للخروج من مأزق الشيوع ، بل كان البائع يبيع ملكه وفاء بالتزام نحوه بناءً على أمر من الملك .فأحكام الملكية على الشيوع والتخارج من التركة أوجدتها الأعراف والتقاليد التي كانت تسود بين الناس فى التعامل .

- أما من حيث المحل : فقد جرت الأعراف علي ضرورة أن يكون الشئ المبيع موجوداً ومحدداً ومعيناً تعيناً نافياً للجهالة سواء كان المحل منقولاً أم عقاراً .

- أما من حيث الثمن : - فإنه كان يختلف بإختلاف طبيعة العقار وموقعه وخصوبته وكان الثمن يدفع فوراً عند إبرام العقد أو يؤجل في موعد لاحق أو يدفع على أقساط معروفة ، وفقاً لعادات وتقاليد كل مجتمع .

- **أما من حيث آثار البيع** : - فكان يترتب على إبرامه عدة آثار أهمها : - إنتقال ملكية الشئ المبيع من البائع الي المشتري . وعملية الإنتقال هذه ، كانت تقتضي ملكية البائع للشيئ المبيع ، وأن يكون آهلا لنقل ملكيته وأن يعطى البائع الشئ المبيع للمشترى مصحوباً بسندات ملكيته ، حتى يستطيع المشترى أن يدافع عن حقة ويثبته فى حالة النزاع والتعرض من الغير .

كما يلتزم البائع بضمان الإستحقاق حماية لمشترى ملك الغير ضد دعوى الاسترداد من المالك أو خلفه وكذلك يلتزم البائع بضمان العيوب التى قد توجد بالشيئ المبيع ، وضمان العجز فى المساحة فى البيوع التى تنصب على عقارات محدده تحديداً دقيقاً .

ب - عقد الإيجار :

أن العادات والتقاليد العرفيه فى المجتمعات القديمة ، وقد ولدت ثلاثة أنواع من الإيجار : -

النوع الأول : إيجار الأشياء : وهو الذى ينصب علي عقار كالأراضى والبيوت والبساتين ، أو على منقول كالحيوانات والسفن والعربات .

والإيجار الذى ينصب على الأشياء ، إما أن يكون إيجاراً عادياً يدفع فيه المستأجر أجره محدده وفقا للمساحه ، وللمده المتفق عليها ، وإما أن يكون إيجار مزراعه ، يقسم فيه المحصول بين المالك والمزراع

وفقا للنسبه المتعارف عليها فى المجتمع . حيث أن هذه النسب تختلف بإختلاف محل العقد ، وما إذا كان حقلا أم بستانا فإذا كان حقلا فللمؤجر الثلث ، وإذا كان بستانا فللمؤجر الثلثين .

– أما بالنسبه لايجار المساكن فكانت تدفع الأجزه إما في نهاية المده أو تدفع مقدماً كلها أو نصفها أو ثلثها وقد جرت العاده فى هذه المجتمعات على أن يتولى المالك الإصلاحات الجسيمه على حساب المستأجر ويسأل عن الضرر الذى لحق المسكن بسببه – ولايجوز للمالك طرد المستأجر قبل إنتهاء المده وإلا من حقة التعويض عن الضرر الذى أصابه .

النوع الثانى : إيجار الأشخاص : وهذا النوع من الإيجار كان يتمثل فى صورتين .

أ – إيجار الخدمه (عقد العمل)

ب – ايجار الصنعه (عقد المقاوله)

١ - عقد العمل :

أن تغير الظروف الأقتصادية والاجتماعيه والسياسيه فى المجتمعات القديمه ، أحدث لهذا النوع من العقود التى تحرر بين العمال الأحرار وأرباب العمل لمده يوم أو شهر أو سنه حسب الحاجه والاتفاق بين الطرفين وكان من حق العامل الذى يستأجر مشاهره فى ثلاثه أيام راحه وبأجر كامل . وتستحق الأجره عند حلول الأجل المتفق

عليه ، أو تدفع مقدما كلها أو جزءاً منها . فضلا عن كسوة العامل أو طعامه فى بعض الحالات .

أما إذا كانت هنال ولايه علي العامل فإن العقد يبرم بين رب العمل وبين صاحب الولايه على العامل كالسيد بالنسبه للعد والأب أو الأم بالنسبه للولد .

ب - عقد المقاوله :

وهوالعقد الذى ينصب على العمل الذى يتم تنفيذه بطريق المقاوله مقابل أجره يتفق عليها أو يحددها القانون ، كبناء بيت أو إصلاح سفينه أو نقل بضائع أو عمل خاص.

وقد جرى العرف فى هذه المجتمعات على أن يتحمل المقاول تبعة العمل الذى يؤديه إلى حين تسليم الشيئ أو تطل مسؤليته قائمه حتى بعد التسليم .

- مما سبق يتضح لنا إن إختلاف الظروف الإجتماعيه والإقتصاديه والسياسيه للمجتمعات القديمه ، قد ولد لمجموعه من الأعراف والتقاليد السائده بين أعضاءه . وهذه الأعراف قد ألقت بظلالها على الأنظمه القانونيه السائده ، فألغت البعض منها ، وعدلت البعض الآخر ، وأوجدت أخيراً المجموعة من القواعد القانونيه الجديده والتى تتناسب مع ظروف المجتمع المتغيره . ولكن السؤال الذى يطرح نفسه فى هذا المضمار يتعلق بمدى تأثير العرف فى الشريعة الاسلاميه والشرائع الحديثه ؟ وهذا ما نعرض له فى الفصل الثالث

الفصل الثالث

أثر العرف فى الفقه الإسلامى والأنظمة القانونية الحديثه

أن العرف لم يتوقف أثره عند إنتهاء فتره التاليد العرفيه ، وبداية مرحلة التدوين ، وإنما إمتد أثره إلى الفقه الإسلامى والشرائع الحديثه . وهدا ما نعرض له فى مبحثيين متتاليين .

المبحث الأول : العرف والفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : العرف والأنظمه القانونيه الحديثه .

المبحث الأول

العرف والفقه الإسلامى

إذا كان الفقه الإسلامى يعتمد فى الأصل على أصول سماوية ، فإننا نجد أن الشارع الحكيم قد أقر كثيراً من الأمور التى تعارفها العرب قبل الإسلام ، وذلك بعد أن نظمها لهم ، مثل البيع والإيجارة والرهن والقسامه ، وفرض دية المقتول خطأ علي العاقلة ، والزواج ومراعاة الكفاءة بين الزوجين وغيرها .

وهذا دليل علي الدور الذي قام به العرف في تطور الفقه الإسلامى . ذلك لأن إقتصار الكتاب والسنة علي إيراد عدد قليل من القواعد القانونية وصياغتها فى صورة قواعد عامة كلية فى معظم الحالات أفسح المجال للعرف باعتباره من المصادر التبعية – للقيام بهذا الدور .

فا التشريع إذا لم يراع عوائد الناس ، وما تعارف عليه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة وقع الناس في الحرج ولحقتهم المشقة . أما إذا أقرهم عليه – وذلك إذا لم يخالف أصول الشرع فإنه يرفع الحرج عنهم ورفع الحرج نوع من المصلحة التي من أجلها شرعت الأحكام [1].

---

(١) د./ زكى الدين شعبان – أصول الفقه الإسلامى – دار الكتاب الجامعى – ١٩٨٤ – ص ١٥٨ .

- ويعد العرف مستنداً عظيماً لكثير من الأحكام العملية بين الناس فى شتى شعب الفقه ، وله سلطان واسع المدى فى توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وإطلاقها وتقييدها . وقد إتضح دوره بجلاء فعلاً بعد أن إتسعت رقعة الدولة الإسلامية بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام ، بحيث أصبحت تضم أجناساً جديدة من روم وفرس وأقاليم متعددة كالعراق والشام ومصر. وكان لكل إقليم من تلك الأقاليم خصائصه الجغرافية والإقتصادية ، ومن ثم نظمه وعاداته المختلفة ، والتى تطلبت من فقهاء المسلمين مواجتها بإستعمال وسائل التطور المتعددة ، ومنها العرف (١).

- وإذا كان العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع الإسلامى ولا دليلاً بالمعنى الذي تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل فإن فقهاء المسلمين قد إعتبروه بمثابة أماره كاشفه عن المصلحة التى دعت الناس إلى التعامل به وحملتهم علي التمسك به وكان ذلك سبباً فى إستمراره وإستقراره ، وبهذا المعنى كان العرف مبيناً لعلة الحكم ومناطه (٢).

- ومع ذلك فإن فقهاء المسلمين قد إشترطوا فى العرف شروط معينة لإعتباره وبناء الأحكام عليه وهذا مانعرض له تباعاً .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك : د./ السيد صالح عوض - أثر العرف فى التشريع الإسلامى - دار الكتاب الجامعى - سنة ١٩٧٩ .

أولاً: الشروط الواجب توافرها في العرف المعتبر شرعاً:

١ - **أن يكون العرف مطرداً في جميع المعاملات أو غالباً عليها**. فإن لم يتحقق اطراد العرف ولا غلبته فلا يعتبر ولا يعتد به. وذلك كأن يجرى عليه أهله فى بعض تصرفاتهم ويتركونه فى بعضها. كما إذا كان الناس فى بلد يقسمون المهر الي معجل ومؤجل في بعض عقود الزواج ويعجلون المهر كله فى بعضها. فإن العرف فى هذه الحالة لايكون معتبراً، لأن عمل الناس بمقتضي العرف أحياناً إذا أصلح دليلاً علي اعتباره، فإن تركهم بمقتضاه أحياناً أخري ينقض هذه الدلاله [1].

٢ - **أن يكون العرف المراد تطبيقه علي التصرفات موجوداً عند إنشاذها، ليصح حملها عليه**. فلو كان هناك عرف عند إنشاد التصرف ثم حدث عرف آخر، فالعرف الذى يجب تطبيقه على هذا التصرف هو العرف الذي كان موجوداً عند إنشائه. أما العرف الجديد فلا عبرة به. وعلى ذلك لو أجري عقد الزواج ولم يحصل إتفاق

---

(١) د./ زكى الدين شعبان - المرجع السابق - ص ١٥٨ - وفى هذا المعنى قال السيوطى فى الأشباه والنظائر (ص ٩٠) .. « إنما تعتبر العادة إذا أضطردت أو غلبت، ولذا قالوا: لو باع بدراهم أو دنانير وكان فى بلد اختلف فيه النقود مع الأختلاف في المالية والرواج إنصرف البيع الى الأغلب قال فى الهداية: لأنه هو المتعارف فينصرف إليه ». ومعنى ذلك كما يقول السيوطى أن تكون العادة مستمرة بحيث لاتختلف فى جميع الحوادث أو أغلبها. وقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٩) نقلاً عن جامع الحقائق « العبرة للغالب الشائع لا للقيل النادر ».

على تعجيل المهر أو تأجيله وكان العرف السائد عند إجراء العقد هو تعجيل النصف ، وتأجيل النصف الآخر إلي الطلاق أو الوفاة ثم تغير هذا العرف وأصبح المتعارف فى المهر هو تعجيل المهر كله ، فإن هذا العرف الطارئ لايسري على هذا العقد ، وإنما الذي يسري عليه هو العرف الذي كان موجوداً وقت إجرائه ، فلو طالبت المرأة بتعجيل المهر كله ، بناء علي الصرف الطارئ لايحكم بما طلبت ، وإنمايحكم لها بتعجيل النصف فقط بناءاً علي العرف الذى كان موجوداً وقت إبرام العقد(١).

---

(١) د./ زكى الدين شعبان - المرجع السابق - ص ١٥٩ ، د/ السيد صالح عوض - المرجع السابق - ص ٢٢٥ - السيوطى - الأشباه والنظائر - ص ٩٢ - حيث قال : « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر » - وقال إبن نجيم فى مؤلفه الأشباه والنظائر ص ٥٠ « والأحكام تبنى على العرف ، فتعتبر في كل إقليم وفي عصر عرف أهله » . وذكر بن عابدين فى رسالته • عقود رسم المفتى - جـ ١ ص ٤٨) مايلي : « تجرى الألفاظ والعقود فى كل بلده علي عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويعاملون بما تقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك لأن المتكلم إنما يتكلم علي عرفه وعادته ويقصد ذلك بكلامه وإنما يعامل كل أحد بما إرادة. وذكر الإمام الشاطبى فى (مؤلفه الموافقات - جـ ٢ - ص ٢٩٧ ، ص ٢٩٨) - أن العوائد تختلف بإختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التى تتغير من زمن إلى زمن وبلد إلى آخر ، ولذا فإنها لايقضى بها البته على من تقدم حتى يقوم دليل علي موافقة العرف الجارى اليوم لما سبقه فيكون الدليل هو الذي جعلنا يقضى به على الماضى لا بمجرد العاده ، وكذلك فى المستقبل لايحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق لأنها غير مستقرة فى ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها .

٣ – **ألا يعارض العرف تصريح بخلافه** : فإن كان هناك إتفاق بين المتعاقدين يقضى بخلاف العرف ، فلا يعمل بالعرف حينئذ، وإنما يعمل بمقتضى الإتفاق . وهذا ماتنص عليه القاعدة الفقهية التي تقول « لا عبرة للدلالة فى مقابل التصريح » . فمثلاً إذا كان العرف يقضى بجعل نفقات تسليم المبيع علي المشترى ، وكان هناك إتفاق بين المتعاقدين على أنها تكون علي البائع ، فيعمل بذلك الذي إتفق عليه . وكذلك لو كان العرف الجاري فى بلد ما هو تعجيل المهر كله ، وإتفق المتعاقدان علي تعجيل النصف وتأجيل النصف الآخر إلى الوفاة أو الطلاق ، فإن العرف لايحكم في هذه الحالة عند تنازع الزوجين ، وإنما يعمل بما اتفق عليه الزوجان عند العقد لأن العرف لايلجأ إليه إلا إذا لم يوجد مايدل علي مقصود العاقدين صراحة . فحيث علم المقصود للعاقدين صراحة فلا يصار إلي دلالة العرف . إذ لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح . وكذلك إذا كان العرف يقتضى أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري وإتفق العاقدان علي أن تكون على البائع عمل بهذا الإتفاق ولا عبرة للعرف مع النص على مخالفته (١).

==== ومجمل هذا أن العرف الطارئ لايؤثر فى التصرفات السابقة والمعاملات التى جرت قبل حدوثه لأن فى ذلك إخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات التى تجري بين الناس، حيث أن كلاً منهم يتصرف ويتعامل وهو مطمئن على تصرفه والتى [illegible] عليه الناس وجرى بينهم .

(١) د./ السيد صالح عوض – المرجع السابق – ص ٢٢٣ – أبو محمد عز الدين بن عبد السلام « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » ، دار الشرق للطباعة – جـ ٢ – ص ١٨٦ ، حيث قال « كل مايثبت فى العرف إذا صرح

=====

٤ - ألا يكون العرف مخالفاً أو مبطلاً لنص شرعي أو أصلاً من أصول الشريعة :

ومعني عدم مخالفة العرف للنص الشرعي أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا إعتبار للعرف . وذلك كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعاً ، وما شابه ذلك من الأمور التى نهى الشرع عنها علي وجه يفيد أن تحريمها إنما هو من أجل المفاسد والمضار التي تنشأ عنها والتى لاتختلف بإختلاف الظروف والعادات . فإعتياد الناس أو بعضهم لهذه الأمور لا إعتبار له ولا يؤثر مطلقاً علي الدليل الشرعي الذي يدل على تحريمها ، لأن في إعتبار هذا العرف إهدار للنص الشرعي وإلغاء له . وفتح هذا الباب يؤدى الى نقض التكاليف كلها . والشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأغراضهم وتقاليدهم ورغباتهم (١).

= المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك ولو شرط عليه أن يعمل شهراً فى الليل والنهار بحيث لاينام ليلاً ولا نهاراً، فالذى أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به فكان ذلك عرراً لاتمس الحاجة إليه » .

ويقول الأستاذ / على حيدر فى شرح المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية « أن العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر الى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح الى المساء بحجة أن عرف البلد هكذا» .

(١) د./ زكى الدين شعبان - المرجع السابق - ص ١٥٩ .

وإذا كان العرف المخالف للشريعة غير معتبراً ، فإن هذا لايعد تضيقاً على الناس في أعرافهم وتقاليدهم ، ولا يعد بمثابة بدعه إتبعتها الشريعة للحجر عليهم . فهذا التجريم مألوف فى القوانين الوضعية ، إذ أنها تمنع التعاقد أو التعامل فيما يتعارض مع نصوص القانون أو يلغيها . فنصوص القانون لا تعتبر الأعراف المخالفة للنظام العام والآداب . فإذا كان القانون يحجر على الناس التعارف فيما يخالف النصوص أو يخالف النظام العام فلا غرابة فى أن الشريعة لا تعتبر من الأعراف ما كان مبطلاً للنصوص أو هادماً للقواعد القطعية العامه ، إضافة إلى ذلك فإن النصوص الشرعية منزلة من عند الله سبحانه وتعالى ، وهو أعلم منا بمنافعها ومضارها ، وهو مايدعونا الى تجنب العرف المخالف لها تمشياً مع تكليفنا بالقواعد الشرعية المنزله من عنده وإحترام أحكامها . فإذا كنا نحترم نصوص القانون الوضعى ، ونتجنبَ الأخذ بالأعراف التي تخالفها فمن باب أولى إحترام هذا الإلتزام إذا ماتعلق الأمر بمخالفة العرف لنصوص الشريعة .

– أما إذا كان العرف غير مخالفاً لنص من نصوص الشريعة أو أصل من أصولها القطعية فإنه يكون معتبراً ، وذلك كأن يكون النص حين صدوره مبنياً علي عرف كان موجوداً وقت نزوله ، ثم حدث عرف آخر مخالف لهذا العرف ، فإن هذا العرف يجوز إعتباره ، وإن كان مخالفاً للنص في الظاهر ، وذلك لأن هذا النص لما كان مبنياً على العرف كان حكمه دائراً مع العرف يتبدل بتبديله . فالعرف فى هذه الحالة وإن كان مخالفا للنص فى الظاهر ولكنه موافق له روحاً ومعنى .

وعلى هذا الأساس أجاز فقهاء الحنفية - بناءاً على العرف الطارئ - التبادل في النقود الذهبية بمثلها عدداً وقيمة ، وإن كان بعضها أثقل فى الميزان لأن عرف الناس قد جرى بعدم الإلتفات إلى هذا التفاوت في الوزن مادامت القيمة لاتختلف به (١).

وهذا العرف الذي بنى عليه هذا الحكم يبدو مخالفاً للحديث الذى يدل على إشتراط التساوي فى الوزن عند استبدال النقود الذهبية والفضية بمثلها ، وهو ماروواه الإمام أحمد عن أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ قال « لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة إلا وزنا بوزن مثلا بمثل سواء بسواء » ، ومقتضي هذا الحديث أنه لايصح التبادل فيها إلا إذا كانت متساوية في الوزن . ولكن الفقهاء مع هذا أجازوا التبادل فيها مع إختلاف أوزانها لجريان العرف بالتبادل على هذا الوجه مادامت القيمة واحده ، لإدراك هؤلاء الفقهاء السر فى إشتراط التساوى في الوزن فى استبدال الذهب بالذهب والفضة بالفضة وهو ضبط نظام التعامل وتحقيق المساواة فى البلدين توقياً من الربا وقطعاً لمادة النزاع بين الناس (٢).

---

(١) مجموعة رسائل بن عابدين - رسالة « نشر العرف فى الأحكام على العرف » - جـ ٢ ، ص ١١٩ ، حيث ورد فيها مايلى : -

« أن الناس لاينظرون الى هذا التفاوت فى الوزن مالم تختلف به القيمة وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل ، فتعين الإفتاء به تخريجاً على رأى أبى يوسف فى النص المعلل بالعرف » .

(٢) د./ زكى الدين شعبان - المرجع السابق - ص ١٦٠ - د./ السيد صالح عوض - المرجع السابق - ص ٢١٢ ، حيث عرض لإختلاف الفقهاء حول

- أما إذا كان بين العرف والنص معارضة أو مخالفة من بعض الوجوه فلا يصير العرف حينئذ إلا إذا كان عاماً أو خاصاً قررته السنة أو أقره النص . وعلي ذلك يمكن للعرف أن يخصص النص إذا كان عاماً ويقيده إذا كان مطلقاً ، وليس فى هذا ترك للنص أو إبطال له بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان . فيحمل النص علي حاله خاصة ويحمل بالصرف فيما عداها وإن خالف القياس لأن العرف مقدم علي القياس ورعايته أولى ،

ومثال ذلك أن النبى ﷺ لحكيم بن جزام لاتبع ماليس عندك . فإن هذا النص عام ومع ذلك قال الفقهاء بجواز الإستصناع للتعامل الجاري به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير نكير مع أن النص يشمله أو يصدق علي الإستصناع أنه بيع ماليس عند الإنسان فيكون منهياً عنه بالنص . ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه بل عمل بالنص والعرف معاً فعمل بالعرف فى الإستصناع وبالنص فيما عداه فلم يترك النص بالعرف كلياً (١) .

=== إعتبار العرف الطارئ المخالف للعرف الذي ورد فيه النص وكونه يصلح مناطاً لحكم النص أم لا . فقال الجمهور : لايصلح مناطاً للحكم ولا إعتبارا له ، وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - يعتبر العرف الطارئ ودون العرف القائم وقت ورود النص لأنه تعلل به ، وذلك على رختلاف فى التفاصيل بين علة التحريم ، والمعيار الشرعى الذي ورد به النص ، لايطول بنا المقام هنا لسرده

(١) د./ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهى العام - جـ ١ - ص ٨٧٥ ومابعدها.

– وفي تخصيص العرف للنص وتقييده يقول بن عابدين فى رسالته نور العرف « إن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده ، فإن العرف معتبراً إذا كان عاماً والعرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به الإستصناع ودخول الحمام والشرب من السقاء » (١) .

وقال في رسالته عقود رسم المفتى « أن العرف العام لايعتبر إذ ألزم منه ترك المنصوص عليه وإنما يعتبر إذا لزم منه تخصيص النص والعرف والحاص لايعتبر فى الموضعين وإنما يعتبر فى حق أهله فقط إذا لم يلزم منه ترك النص الشرعى ولا تخصيصه » (٢) .

– أيضاً يجوز للعرف مخالفة حكم ناتج من اجتهاد سواء كان قياساً أو إستحساناً أو مصلحة مرسلة . فمن المتفق عليه بين الفقهاء أن الحكم القياسى يترك للعرف ولو كان عرفاً طارئاً لأن العرف دليل الحاجة فهو أقوي من القياس ، فيترجح عليه عند التعارض . ويترك الحكم الثابت إستناداً إلي الإستحسان أو المصلحة المرسلة إذا جرى العرف علي خلافه ، لأن الحكم الثابت بهما لايستند إلى نص شرعي وإنما إلى مصلحة تختلف بإختلاف الأزمنة والأمكنة . وما قد يكون

---

(١) رسائل بن عابدين – رسالة نور العرف – جـ ٢ – ص ١٢٩ .

(٢) رسائل بن عابدين – رسالة عقد رسم المفتى – جـ ١ – ص ٤٨ .

محققاً للمصالح في زمان ومكان ماقد لايكون كذلك في زمان ومكان آخر[١] .

– وختاماً نقول أنه إذا اجتمعت الشروط المتقدمة في العرف أصبح ملزماً ومعتبراً في التشريع . وهذا المعني يشير إليه قول الفقهاء : « المعروف عرفاً كالمشروط مشرطاً » ، « والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم » ، « والعاده محكمه » . فالعرف ملزم إذا كان لفظ الإنسان أو عمله موافق لما جرى به العرف والإستعمال . وقال الفقهاء : أن كل متكلم أو متصرف بالقول أو بالفعل إنما يحمل تصرفه على عرفه ، ويقول إبن القيم « فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجني على الشريعة وتنسب إليها ماهى بريئه منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد مالم يلزمه الله ورسوله به » [٢] .

ثانيا : العرف وأثره في تطور الأحكام الفقهية : –

لقد قام العرف بدور أساسى في تكوين الفقه الإسلامى . فقد تبنى الكتاب والسنة بعض الأعراف التى كانت سائدة في العصر الجاهلى . وبهذا الإقرار أصبح الكتاب والسنة هو مصدر الحكم ودليله . وبعد وفاة الرسول ﷺ كان يدخل العرف إلي التشريعات عن

---

(١) د./ صوفى أبو طالب – تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية – القاهرة – سنة ١٩٨٤ – ص ١٨٩ – ١٩٠ .

(٢) بن القيم – تبصرة الحكام – جـ ٢ – ص ٦٦ .

طريق الإجماع والقياس والإستحسان والمصالح المرسلة . كما أصبح العرف مصدراً مادياً للتشريعات الصادرة من ولى الأمر . ونضرب لبعض الأمثلة التي توضع لمجال العرف وأثره فى بناء كثير من الأحكام الفقهية المختلفة ، وذلك على النحو التالى : -

١ - أثر العرف فى بناء الأحكام :-

أ - **بالنسبة لمحل العقد** نجد أن الأصول المقررة فى الشريعة توجب أن يكون المعقود عليه موجوداً وقت إنشاء العقد حتى ينعقد العقد ويترتب عليه آثاره . إلا أن الشريعة قد إستثنت بعض العقود ، فأجازت العقد علي المعدوم المتوقع وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد عملاً بالعرف الجارى بين الناس مثل الإجارة والسلم والإستصناع .

إذ يقول الفقهاء بصدد عقد الإيجار « إنه يجوز أجارة ماجرى العرف بإستئجاره مما ينتفع به إنتفاعاً شرعياً . فلا تصح إجاره مالا منفعة فيه أصلاً أو فيه منفعة غير شرعية ، وأن تتقوم بالمنفعة حتى تكون معلومه غير مجهولة وأن تكون مملوكة لصاحب الشيئ المؤجر على وجه خاص بحيث يمكن منعها ويمكن أن تؤثر في الذات المؤجره وتنقص قوتها كوهن الدابة بالركوب . ومن ذلك ماذكره بن نجيم فى مؤلفه الأشباه والنظائر « أن صحة الإجاره بالتعارف العام فمتي جري العرف بإستئجار شيئ كالدور للسكني صحت الإجارة ومالم يجر العرف العام بإستجار شيئ لم يصح إستئجاره » .

ب - أن فقه الحنفية قد بنى نظرية صحة الشروط التي تعارفها الناس . فقالوا بصحة الشرط المتعارف عليه وإن كان لايقتضيه العرف ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد العاقدين ، لأنهم قد جعلوا الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، لأن مايثبت بالعرف يكون معتمداً على الدليل الشرعى الذي دل على إعتبار العرف . ولهذا يفرق فقهاء الحنفية بين الشرط الفاسد والباطل . فالشرط الفاسد عندهم ماكان فيه منفعة لأحد العاقدين . وهذا الشرط يفسد العقد فى عقود المعاوضة المالية كالبيع والإيجاره ومثاله أن يشترى داراً ويشترط البائع علي مشتريها السكني فيها مدة معينة أو يؤجرها لفلان . أما فى غير المعاوضات المالية فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحاً سواء كان العقد من عقود التبرعات كالصدقة والهبة والإعارة أو من عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن ، أو الإسقاطات كا الطلاق أو عقود المعاوضة غير الماليه كالزواج .

أما الشرط الباطل وهو ما خلا من الأوصاف الصحيحة وليس فيه منفعة لأحد العاقدين فهذا الشرط يكون لاغياً ولا أثر له في العقد صحة وفساداً ويكون العقد المقترن به صحيحاً ويلغي الشرط وحده حيث لا فائدة فيه .

ومثال ذلك ما إذا باع داراً واشترط ألا يسكنها المشتري أو باع سيارة وإشترط علي المشترى إلا يستعملها إلا في أوقات مخصوصة أو لا يستعملها غيره أو لا يبيعها أو اشترط علي من إشتري الأرض ألا يزرعها مدة معينة أو يزرعها نوعاً معيناً من الزروع . فهذا الشرط

غير ملزم ولا يؤدى الى النزاع بين العاقدين فلما ألغى بقى العقد صحيحاً (١) .

جـ - **هناك من العقود مابني جوازها على العرف كبيع القواكه** والثمار على الشجر مما لايظهر دفعة واحدة ، بل يوجد شيئاً فشيئاً بالتتابع . وقد ذكر إبن القيم (٢) فى أعلام الموقعين مايؤكد ذلك حيث يقول : « أن جواز بيع الثمار على الأشجار إذا بدا صلاحها دفعة واحدة لتعامل الناس به هو مذهب الليث بن سعد رحمه الله تعالى - وفى إجازة هذا البيع تخفيف على الناس ومصلحة وتيسير لمعاملتهم ومبادلتهم التجارية .

---

(١) قال أبو بكر بن مسعود الكاساني فى كتابه بدائع الصنائع ، عن الشرط المتعارف « إن كان الشرط مما لايقتضيه العقد ولا يلائمه أيضاً لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز كما إذا اشترى فعلاً على أن يحذوها البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفاً أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز وهو قول « زفر » رحمه الله تعالى وجه القياس : أن هذا شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد كما إذا إشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع قميصاً ونحو ذلك .

كما ذكر السرخسى فى مؤلفه المبسوط « إن كان شرطاً لايقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً كما لو إشترى نعلاً أوشراكاً بشرط أن يحذوه البائع لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ولأن فى النزع عن العاده الظاهره جرحا بينا ، وإن كان شرطاً لايقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فا البيع فاسد لأن الشرط باطل فى نفسه » - المبسوط جـ ٢ - ص ١٤ .

(٢) ابن القيم - أعلام الموقعين - جـ ١ - ص ٣٦٠ .

د - كان للعرف أثره أيضاً علي عقد البيع فى الفقه الإسلامى.

وهذا الأثر يتبدى من عدة نواح إذ قد استند اليه فقهاء المسلمين فيما يتعلق بالخيار(١) فى المبيع سواء كان خيار شرط أو خيار رؤية أو خيار مجلس أو خيار عيب. واستندوا إليه أيضاً فى تحديد ثمن المبيع

---

(١) *أن الخيار فى البيع ينقسم الى أنواع ثلاثة* :

الأول : *خيار الشرط* : وهو أن يشترط أحد العاقدين الخيار مدة من الزمن . وهذا الشرط جائز الوقوع وأن البيع يعتبر موقوفاً على مايحدث بعد المدة التى إشترطت للخيار .

الثانى : *خيار الروية* : - وهو أن يشترط رؤية المبيع أو نموذج منه ، ويعتبر العقد موقوفاً إلى أن يرد المبيع أو يشتريه بإختياره . وهذا النوع من الخيار يثبت للمشترى إذا كان لم يرى الشئ المبيع ويعرف حقيقته ، فإن كان قد رآه فلا خيار له بالشرط إذا اشتراه ووقع العقد بينه وبين البائع عملاً بالأصل فى البيع.

الثالث : *خيار المجلس* : وهو أن يكون لكل من البائعين الخيار مالم يفترقا . وهذا الخيار ثبت بما رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال « إذا تبايعا الرجلان فكل واحد منهما بالخيارمالم يتفرقا وكان جميعاً أو يخير أحدهما الاخر فتبايعا علي ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع .

الرابع : *خيار العيب* : وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب . وحق الرد هذا يثبت للمشترى فى حالة وجود العيب لئلا يتضرر بإلزامه بأخذ شيئ لم يرض به والبيع لايقوم إلا على الرضا من العاقدين .

(٢) إذا عين العاقدان مقدار الثمن دون الوصف ووجدت فى بلد البيع أنواع من النقود
=

وميعاد دفعه (٢)، وأيضاً في الغبن فى البيع (١) .

و - أن للعرف أثر كبير فى عقد الزواج . ويتبدى ذلك من عدة وجوه :

- فمن ناحية الشروط فى عقد الزواج ، فإن مايعد منها صحيحاً يجب الوفاء به وغيره لايجب الوفاء به ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف كإشتراط تعجيل المهر أو نصفه أو تأجيله بعضه لأقرب الأجلين : الطلاق أو الموت ، فإن الشرط صحيح ويجب العمل بموجبه إذا جري بذلك عرف .

مختلفة فى المالية والرواج أو مختلفة فى أحدهما دون الآخر ، انصرف الثمن إلى النقد الغالب فى التعامل بين الناس فى بلد البيع .

أما من حيث وقت دفع الثمن ، فإنه إذا لم يبين فى عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل إنصرف الى أن الثمن معجل وهذا إذا لم يوجد عرف للعاقدين بتأجيل الثمن أو بعضه إلى أجل معلوم لأن التأجيل إلى أجل مجهول لايجوز .

(١) الغبن فى البيع - يقصد به شراء السلعة بأكثر من القيمة بكثير أو بيعها بأقل من القيمة . والغبن مايسيراً أو عسيراً .

والغبن اليسير يوجد فى أغلب المعاوضات وغالباً مايبتاع الناس في مثله . أما الغبن العسير فهو الغبن الفاحش . وتحديد ما إذا كان الغبن يسيراً أم فاحشاً يترك - كما يقول الفقهاء - للعرف والعادة - إذ يقول الإمام أحمد - رضي الله عنه - التحديد للغبن وترك ذلك للعرف والعادة . والراجح فى مذهب المالية قولهم « أنه يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة إذا باع بما يتغابن الناس بمثله ولو دون الثلث .

فالعرف فى ذلك هو المعول عليه فى بيان الغبن الفاحش أو اليسير .

– ومن ناحية الكفاءة فى الزواج ، فإن الشريعة قد تركت أمرها للعرف . وقد قرر جمهور الفقهاء أن العرف هو المحكم فى الكفاءة بين الزوجين » . ويقول الشيخ/ عبد الرحمن تاج فى كتابه الأحوال الشخصية « وقد جرى العرف عند بعض الناس أن يتزوج من هى أقل منه حالاً ولا يرغب فى الزوجة التى تساويه أو تسمو عليه فى معانى الشرف والحسب والنسب والمال حتى لا تترفع عليه فينشأ بينهما الخلاف ، ويكتفى بأن تكون الزوجة ذات خلق ودين ، وهي فكرة ثبت نجاحها فى علاج كثير من مشاكل الزوجية » (١) .

ويقول الأستاذ / أحمد ابراهيم – رحمه الله تعالى – فى كتابه أحكام الأحوال الشخصية « مادام المقصود من إعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك ، ومناط ذلك يختلف بإختلاف أحوال الناس الإجتماعية ، ينبغى ترك الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس فى كل زمان ومكان » (٢) .

– أما من ناحية تأجيل بعض الصداق أو تعجيله . فإنه عند إختلاف الزوجين حوله فيرجع فى شأن ذلك إلى العرف . فإذا أقامت الزوجة البينة على أنها لم تقبض المعجل من الصداق وأدعى الزوج أنه أقبضها المعجل منه فقد عارضت البينة العرف فلا يعمل به

---

(١) الشيخ عبد الرحمن تاج الدين – أحكام الأحوال الشخصية – ص ١٠٦ .

(٢) الشيخ أحمد ابراهيم – أحكام الأحوال الشخصية – ص ١٠١ .

استصحاباً للأصل الذى هو إستمرار تعمير ذمة الزوج فتقدم البينة لأنها كاالشاهد بالقضاء . وكذلك إذا جرى العرف بتأجيل بعض الصداق وادعى الزوج أنه أقبضها المؤجل فإن القول قول الزوجة أنها لم تقبض الصداق إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه أقبضها المؤجل فتقدم البينة وأما إذا إختلف الزوجان من قبض الصداق من عدمه ولا بينة لأحدهما فإنه يرجع فى ذلك إلى العرف .

– ومن ناحية إختلاف الزوجين حول أثاث المنزل الذي يسكنان فيه بحيث أدعى الزوج أن أساس المنزل ملكه وادعت الزوجة أنه ملكها ولا بينة لأحدهما على دعواه فإن العرف يعمل به . فمن شهد له العرف يقضى له مع يمينه لأن الظاهر يؤيده العرف .

– ومما يتعلق بالزواج ويرجع فيه إلى العرف متعة الزوجة . فتحديد مقدارها يرجع فيه إلى عرف المرء وبلده ، وحال الزوج والزوجة لقوله تعالى « وعلي الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف » .

هـ – وللعرف تأثيره الواضح على الفقه الإسلامى فيما يتعلق بالتجريم والعقاب ، وخصوصاً التعازير . فاالتعزير يقصد به الزجر والإصلاح . ولأن المشرع لم يحدد التعزير بنوع ولا مقدار بل فوض ولى الأمر فى تحديده ، فإن القاضى بوصفه ولى الأمر فى تحديد مقداره ، فإنه يأخذ فى إعتباره عند تقدير التعزير أمرين : –

الأول : نوع الحماية ومركز كل من الجانى والمجنى عليه . أما بالنسبة لنوع الجناية فينظر لمدى خطورتها وضررها بالمجتمع والفرد .

أما بالنسبة للجانى فينظر لمركزه الأجتماعى ، وسنه ومدى تحمله لنوع العقوبة ومقدارها . أما بالنسبة للمجنى عليه فينظر إليه من حيث مركزه الإجتماعى وأهليته وغير ذلك .

الثانى : مراعاة عادات الناس في كل زمان ومكان . إذ أن نوع العقاب يختلف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، وقد يكون مقدار العقاب رادعاً فى زمان أو أمة معينة وغير رادع فى غيرها . ومن ثم فإن تقدير نوع ومقدار التعزيز يتوقف على ماتعارف عليه العقلاء على أنه كافياً فى القمع في مجتمعهم .

- ٢ - أثر العرف فى تباين الأحكام [٢] : -

أن تعديل الفقهاء على العرف كمصدر للتشريع ، وإعتمادهم عليه فى بناء الأحكام والفروع الفقهية كان سببا فى إختلاف الأحكام

( ) د./ فايز حسين - المرجع السابق - ص ٧٠ .

(٢) د./ زكى الدين شعبان - المرجع السابق - ص ١٦٢ ومابعدها . وأنظر أعلام الموقعين لإبن القيم - الجزء الثالث ، ص ٢٧ ، حيث وضح لتغير الأحكام الإجتهاديةتبعاً لتغير العرف ، إذ يقول « هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه مايعلم أن الشريعة الباهرة التى هى فى أعلى رتب المصالح لا تأتى به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمه إلى ضدها وعن المصلحة الى الفسدة ، وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله فى أرضه ، وحكمته

=====

المبنية على العرف وتغيرها بتغيره . ومن أمثلة هذا الأختلاف ما يأتي :-

أ - أن الإمام أبى حنيفة كان لايجيز بيع النحل ودود القز لأن كل منهما ليس من الأموال فى نظره قياساً على هوام الأرض كالضفدع ونحوها ، ولكن تلميذه محمد بن الحسن قد أجاز بيع النحل ودود القز لجريان التعامل به فى زمانه .

ب - أن الأمام أبا حنيفة كان يرى الأكتفاء فى الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص ، ولم يشترط التزكية بواسطة شخص يثق القاضى فى عدالته ، وله معرفة بأحوال الشاهد . وكان هذا الحكم مناسباً لزمان أبى جنيفة . فلما تغير حال الناس ، وفشا فيهم الكذب ، قال الصاحبان : بوجوب تزكية جميع الشهود . وقد أفتى المتأخرين بتحليف الشاهد على أن يشهد بالحق ، وذلك لتعذر التزكية الآن ، وهو ما أخذت به القوانين الوضعية .

=== الدالة عليه وعلى صدق رسله » .

ويقول بن عابدين فى رسالته السابق الإشارة إليها « نشر العرف » يقول « كثير من الأحكام تختلف بإختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ماكان عليه زولا يلزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد .» - رسائل إبن عابدين - رسالة نشر العرف - جـ ٢ - ص ١٢٥ .

جـ - من المتفق عليه بين أئمة المذهب الحنفى أنه يكتفى فى رؤية الدار المبيعة برؤية ظاهرها وبعض حجرها ، وأن هذه الرؤية تسقط خيار الرؤية الممنوح للمشترى - فى المذهب الحنفى - إذا إشترى شيئاًلم يره قبل الشراء . وقد عدل الفقهاء المتأخرون عن هذا الرأى وقالوا لابد من رؤية جميع الحجر ، وذلك لإختلاف العرف فى بناء الدور فى زمانهم عما كان عليه فى زمن أئمتهم . فقد كانت الحجر فى ذلك الزمن تبني كلها على شكل واحد فكانت رؤية بعضها كافية فى حصول العلم بكل الدار . ثم تغير هذا فى زمن الفقهاء والمتأخرين ، وصارت حجر الدار الواحدة تبنى على أشكال مختلفة فكان لابد من رؤية حجر الدار كلها حتى يحصل العلم بالمبيع .

- **والخلاصة** : أن الفقهاء على إختلاف مذاهبهم إعتبروا العرف الصحيح وجعلوه أصلاً من الأصول التي تبني عليها الفتاوى والأحكام . ووضعوا من المبادئ العامة والقواعد الكلية ، المبنية على العرف مثل « العادة محكمه » .

والثابت بالعرف كالثابت بالنص » « واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ، وما تفرع عنها من قواعد فرعية - مايبين بجلاء ماكان للعرف أثره علي الفقه الإسلامى .

- وإذا كان للعرف أثره علي الفقه الإسلامى ، فإن هذا الأثر سيظل مابقيت الشريعة الإسلامية ، وإذا كانت الأخيرة باقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فإن أثر العرف سيظل ملازماً لها على

الدوام بحكم عظمتها ومرونتها وصلاحيتها لكل الأحداث إلى ماشاء الله .

– وبالتوازى مع إيضاح أثر العرف على الفقه الإسلامى ، يجب علينا أن نوضح لأثره على التشريعات الحديثة ، وبصفة خاصة التشريعات اللاتينية التى يتبعها قانونا المصري ، وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسى الذي تأثر كثيراً بمذهب الإمام مالك رضي الله عنه . والتشريع المصرى الذي يعد مزيجاً من الفقه الإسلامى والفقه الوضعى .

المبحث الثانى
أثر العرف على التشريع الفرنسى والمصرى
فى العصر الحديث

فى العـهـود السـابقـة على ثورة سنة ١٧٨٩ الفـرنسـيـة ، كـان العرف هو المصدر الرئيسى للقـانون ، حيث كانت القـوانين محـدودة للغاية . وعند صدور القانون المدنى الفرنسى فى غضـون القرن الثانى عشر ، تم الغاء كل الأعراف المخالفة له .

ومع ذلك فإن بعض الأعراف قد أخذت مكانها بجانب النصوص القـانونيـة ، مع الإختـلاف فى قوتهـا الإلزاميـة . ولذلك نضـرب لبعض الأمـثلة التى توضح لمدى تأثير العرف علي القانون الفرنسى والقانون المصري من خلال الآتى : -

أولاً : أثر العرف على التشريع الفرنسى :

١ - فى مجال القانون المدنى :

أ - الأعراف الخاصة بالملكية العقارية : - أن المشرع الفرنسى قد يحيل القاضى إلى العرف بتفويض منه لتكملة وفهم نصوص القــانون . ومن أمـثلة ذلك المواد ٦٤٥ ، ٦٦٣ ، ٦٧١ ، ٦٧٤ من القانون المدني والتى تتعلق بالأعراف المحلية المتعلقة بالملكية العقارية. أما المادة ٦٤٥ توجب على المحاكم مراعاة الأعراف والتقاليد فيما يتعلق بإستخدام مياه الرى وذلك فى حالة حدوث منازعات بين الملاك

فى شأن إستخدامها[1] .

والمادة ٦٦٣ ، توجب على الجيران المساهمة في بناء الحائط المشترك الذي يفصل بينهما ، وتترك تحديد علو هذا الحائط للوائح والأعراف المستقرة [2] . والمادة ٦٧١ ، التى تتحدث عن المسافات التي يجب تركها بجانب الجار فى حالة زراعة الأشجار أو البساتين، إذ أوجبت علي من يقوم بزراعة أشجار بالقرب من حدود ملكية جاره أن يترك المسافات التى تسمح بها اللوائح أو الأعراف السائدة . وفى حالة عدم وجود اللوائح أو الأعراف ، فإن المسافة التى يجب تركها من الحد الفاصل بين الجيران هي متران بالنسبة للأشجار الذي يتجاوز إرتفاعهامتران ، ونصف متر بالنسبة للزراعات الأخرى[3] . والمادة ٦٧٤ تحدثت عن المسافات التى يجب تركها بجوار الحائط المشترك أو جدار الجار ، وذلك فى حالة حفر بئر مائى أو مرحضى ،

---

(١) المادة ٦٤٥ - التقنين المدنى الفرنسى - دالوز - ١٩٩٢ - ١٩٩٣ - ص ٤٥٦ ، أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٣ ، ٦ يناير سنة ١٩٧٢ - بولتان - نمرة ٩ - حيث قد قررت محكمة النقض بإختصاص قضاة الموضوع بمقتضى المادة ٦٤٥ بفض المنازعات بين الملاك فى حالة التنازع على المياه ، وذلك بالنظر إلى الأعراف السائدة .

(٢) المادة ٦٦٣ - التقنين المدنى الفرنسى - دالوز - ١٩٩٢ - ١٩٩٣ ، ص ٤٦٨ .

(٣) المادة ٦٧١ - التقنين المدنى الفرنسى - دالوز- ١٩٩٢ - ١٩٩٣ ، ص ٤٩٦ .

أو بناء مدخنة أو مسبك أو حظيرة مواشى أو بناء محل مواد كيميائية فى مواجهة جدار الجار ، إذا أوجبت عليه ترك المسافات التي تحددها اللوائح الخاصة أو الأعراف السائدة . أو اتخاذ الإحتياطيات التي تحددها هذه اللوائح والأعراف من أجل تجنب الأذى والإضرار بالجار[١] .

– فالمشرع – من خلال هذه المواد – يحيل القاضى صراحة إلى الأعراف والتقاليد المحلية فى حالة الفصل فى المنازعات المتعلقة بالموضوعات التى تتضمنها هذه النصوص . وغلب الرجوع إلى الأعراف والتقاليد على النصوص القانونية ، إذ أن مجال الرجوع إليها لايكون إلا عند عدم وجود أعراف مستقرة . أفلا يكون ذلك دليلاً علي تأثر القانون الفرنسى الحديث بالعرف ؟ .

ب - فى مجال العقود :-

أن المشرع قد أوجب الرجوع إلى الأعراف العملية المتبعة في العقود أو فى مكان إبرامها وذلك بالنسبة للإلتزامات المتولدة عن عقود البيع مثل تكاليف البيع وغيرها . ومن أمثلة ذلك المواد ١١٣٥، ١١٥٦، ١١٦٠ من القانون المدنى الفرنسي . فالمادة ١١٣٥ مدني فرنسى توضح للإتفاقات والعقود الملزمة ، سواء كان ذلك بنص القانون أو

(١) المادة ٦٧٤ – التقنين المدنى الفرنسى – المرجع السابق – ص ٤٩٨ .

( ) المادة ١١٣٥ – التقنين المدنى الفرنسى – المرجع السابق – ص ٧٤٨ « حكم محكمة النقض الفرنسية – الصادر بتاريخ ٢٥ يناير سنة ١٩٧٢ – دالوز – سنة ١٩٧٢ – ص ٤٢٣ .

كانت تتفق مع العدالة أو الأعراف القائمة . وقد أوضح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٢ ، ماتعنيه هذه المادة . إذ منحت لقضاة الموضوع سلطة تقدير العرف العام الذى يفرض على المتعاقدين في عقد إعلان أو نشر "contratde publicite" ، وذلك فى حالة عدم وجود إتفاق مخالف لذلك بين الأطراف المتعاقدة .

والمادة ١١٥٩ مدنى فرنسي تقضى بتفسير الغموض الذي يشوب العقد وفقاً للأعراف السائدة في البلاد إذا كانت بنود العقد قد تجاوزتها .

وتعد المادة ١١٦٠ تكملة للمادة ١١٥٩ حيث تجيز إضافة الشروط التي يسمح بها العرف الي العقد حتى ولو لم يكن تم التعبير عنها صراحة فى العقد ، طالما أن هذه الشروط - حسب قول محكمة روايون Rouen الفرنسية - لا تعدل فى مضمون أو جوهر حقوقهم وإلتزاماتهم المتولدة عن العقد (١) .

- فهذه المواد تحيل القاضى فى تفسيره للعقود إلي الأعراف السائدة وإلى نماذج العقود المماثلة . فالأعراف تلعب نفس الدور الذي

---

(٣) المادتين ٢١١٥٩ - التقنين المدنى الفرنسى - المرجع السابق - ص ٧٧٨
- حكم محكمة Rouen الفرنسية - صادر بتاريخ ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٦٨ - دالوز - سنة ١٩٦٩ - ص ١٤٦ .

يقوم به القانون التفسيرى فى البحث عن الإرادة التشريعية التى تتناسب مع الواقع العملى (١) .

٢ - فى مجال القانون التجارى :

يلعب العرف دوراً رئيسياً فى تفسير قواعده ، لاسيما النصوص المتعلقة بإفتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى ، وتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وإمكان زيادة الفوائد على رأس المال .

ثانياً: أثر العرف على التشريع المصرى : -

للعرف تأثير كبير على التشريع المصري ، سواء فى العصور القديمة أو فى العصر الحديث . ويظهر هذا التأثير جلياً فى الميادين المختلفة للقانون ، سواء كان الأمر يتعلق بمجال القانون المدنى أو التجاري أو الإدارى . وهذا مانوضحه تباعاً : -

١ - فى مجال القانون المدنى : -

يمكن أن يقوم العرف بدور تكميلياً للقانون أو يقوم بدوراً معاوناً له . ومن الأمثلة التي يكمل فيها العرف للتشريع ، القاعدة التى تضع

---

(١) PH. MALINVAUD " introduction a l'etude du droit " - " LITEC " - librairies techniques , Paris - 4 eme - edition - 1986 . p. 44 - 45 .

قرينة على إعتبار آثاث منزل الزوجية ملكاً للزوجة ، لأن العرف جرى على قيام أهل الزوجة بتجهيزها[١] . ومن قبيله ما قضت به محكمة ملوي الجزئية فى ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٤١ من أن العرف جرى فى بعض بلاد الوجه القبلى على وجوبه - والهدايا التى تقدم فى المناسبات السعيدة أو فى مناسبة مماثلة [٢] .

- وقد تحيل نصوص القانون صراحة على العرف لتطبيقه بدلاً من القاعدة التشريعية فى بعض الحالات . ومن هذا القبيل ما تقرره المادة ٤٥٦ من القانون المدنى المصرى ، ومن أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذي يتفق عليه الطرفين أو يحدده العرف السائد ، وألا يكون مستحق الوفاء فى المكان الذي سلم فيه المبيع . وما قررته المادة ٤٦٤ من أن نفقات تسليم المبيع تكون على المشترى مالم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك .

- وقد يستعين المشرع بالعرف في تحديد المقصود بنظام قانوني معين . من ذلك المادة ٤٣٢ مدنى التى تنص علي أن التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة وقصد

---

(١) د./ مصطفى عدوى - نظرية القانون - بدون تاريخ - ص ١٥٧ ، د./حمدى عبد الرحمن - أصول القانون - ١٩٩٨ ، ص ٢٦٢ ومابعدها .

(٢) حكم محكمة ملوى الجزئية - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١ - مجلة المحاماه ، ص ٢٢ - ص ٢٦٨ .

المتعاقدين . فهنا يستعان بالعرف لتحديد ملحقات الشئ.

– وقد يستعين المشرع بالعرف للإستهداء به فى معرفة نية المتعاقدين . ومن ذلك المادة ٢/١٥٠ مدنى والتى تنص على أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الأستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى في المعاملات .

– وقد يميل المشرع الى العرف للإستعانة به فى شأن المعايير المطبقة علي نظام قانونى معين – ومن أمثلة ذلك المادة ١٠١٩ مدني والتى تخضع حقوق الإرتفاق للقواعد المقررة فى سندإنشائها ولما جري عليه عرف الجهة . وقد يميل المشرع للعرف كشرط لازم لتطبيق قاعدة معينة . ومن ذلك المادة ٤٤٨ مدني والتى تقضى بعدم ضمان البائع للعيب الذي يجري العرف على التسامح فيه .

٢ - فى مجال القانون التجارى :-

يلعب العرف دوراً كبيراً بالنسبة للقانون التجاري نظراً لكثرة العلاقات التجارية وتشعبها . ولذلك نجد للقواعد العرفية أمثلة كثيرة

---

(١) الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٥ ق – جلسة ١٩٧٩/٦/٧ – مجموعة أحكام الفقه – س ٣٠ – ص ٥٧٤ .

فى المجال التجارى ، نعرض لبعضاً منها فيما يلى : -

- إختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك - إذ جري العرف على إعتبار توقيع على ظهر الشيك تظهيراص ناقلاً للمكلية ، مالم يثبت أن التوقيع قصد به التظهير التوكيلي (١) .

- الرجوع الي العرف لتحديد أجر السمسار فى حالة عدم الإتفاق عليها ، إذ تقضي مجكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٧٥/١١/٧ « بأن السمسار وكيل فى عقد الصفقات ، وطبقاً للقواعد المتبعة وعقد الوكالة ، بتولى قاضي الموضوع تقدير أجر الوكيل فى حالة عدم الإتفاق مستيعناً فى ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل وبما جري عليه العرف فى هذه الحالة » (٢) .

- الرجوع الى الأعراف والعادات التجارية فيما يتعلق بالفوائد المركبة . فالأصل تحريم الفوائد المركبة وفقاً لنص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدنى ، إلا أن المشرع قد استثنى من ذلك ماتقضي

(٢) الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٥/١/٧ - مجموعة أحكام الفقه - س ٢٦ - ص ١٢٤ .

( ) ....

به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ماجرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى [١] .

– الرجوع الي القواعد والأعراف التجارية فيما يتعلق بزوال صفة الحساب الجارى عنه باقفاله . إذ بزوال هذه الصفة يصبح الرصيد ديناً عادياً لايجوز تقاضى فوائد مركبه عنه ، اللهم إلا كانت القواعد والعادات التجارية تقرر بخلاف ذلك [٢] .

– من كل هذه الأمثلة يظهر لنا بوضوح مدى تأثر القانون التجارى المصرى بالقواعد والعادات التجارية ، وما تجرى عليه أعراف التجار فى كل ربوع البلاد .

---

(١) الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ ق – جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢ – مجموعة أحكام النقض ، س ٣٤ – ص ١٧٨٥ .

(٢) الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ ق – جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢ – مجموعة أحكام الفقه – س ٣٤ – ص ١٧٨٥ ، الطعن رقم ٣٧٢ ، لسنة ٤٢ ق فى جلسة ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٨٨ .

الباب الرابع

مرحلة تدوين القانون

أن مرحلة تدوين القانون لاتعد مرحلة منفصلة عن غيرها من المراحل السابقة ، ولكنها تعد إمتداداً طبيعياً لها بحكم الظروف المتغيرة للمجتمعات القديمة . فظهور فن الكتابة هو الذى دفع الكثير من المجتمعات القديمة الى تجميع قواعدها العرفية أو الدينية - كل بحسب توقيت ظهور الكتابة فيه - فى شكل مجموعات قانونية يسهل معرفتها والإلمام بها من قبل أفراد المجتمع .

ومع ذلك فإن تدوين القانون فى الكثير من المجتمعات لايدل بالضرورة على تقدم المجتمعات . فهناك مجتمعات بلغت درجة كبيرة من الرقى والتقدم ، ولم تدون قانونها ، وخير دليل على ذلك المملكة المتحدة التى لم تدون دستورها حتى الآن . والأنظمة الأنجلوأمريكية التى تعتمد فى الكثير من مناحى الحياة بها على شريعة " Commun Law" ، فهذه الدول لم ترد تدوين قانونها حتى تستفيد من المرونة التى يتمتع بها القانون غير المكتوب .

- كما لايوجد تلازم بين ظهور فن الكتابة وفكرة تدوين القانون، وإنما تجنح المجتمعات الى التشريع فى الوقت الذي يشتد فيه ساعد السلطة الحاكمة بحيث تستطيع إصدار أوامر الى المحكومين يلتزمون بها مخافة الجزاء الذى يوقع عليهم ، فقبائل

الزولو Zoulous لديهم تشـريع يصـدر من الملك على الرغم من جهلهم بالكتابة [١].

فالقائم على السلطة السياسية فى الجماعة ، ملكاً أو رئيس قبيلة أو عشيرة ، يتدخل وفق ماتقتضيه الظروف فيحسم ما يعرض من أمر يتكون فى شأنه عرف بعد ، أو لإكمال ماتستدعى الضرورة إكماله منه أو لفرض إحترام عرف قائم وإعماله ، فتظهر على إثر ذلك القوانين المدونة سواء فى صورة قرارات أو فى صورة تشريعات [٢].

– وقد أدى تدوين القانون الي ظهور مجموعة من المدونات القانونية القديمة فى الشرق والغرب ، مثل مدونة حمورابى فى العراق، ومدونة بوكخوريس فى مصر القديمة ، ومدونة مانو فى الهند القديم ، ومدونة دراكون ، ومدونة صولون ، فى اثينا القديمة ، ومدونة الألواح الإثنى عشر ، ومجموعة جيستنيان فى روما القديمة . ولذلك سوف نتناول هذه المدونات بإيجاز على أن نسبق ذلك بفصل نتحدث فيه عن أسباب التدوين ، وخصائصه .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٤٢ .

(٢) د./ محمد بدر – المرجع السابق – ص ٦٥ .

الفصل الأول

أسباب التدوين وخصائصه

أن تدوين القانون كان يعد ظاهرة عامة لدى سائر الشعوب القديمة ، سواء فى ذلك الشعوب الشرقية أو الشعوب الغربية ، وإن كان هناك إختلاف بينهما من حيث بداية مرحلة التدوين ، إذ أن بعض الشعوب مثل الرومان الإغريق وأهل بابل وآشور بدأو فى تقنين قانونهم بعد أن وصلوا الي مرحلة التقاليد العرفية ، بينما البعض الأخر من الشعوب مثل اليهود والهنود دونوا قانونهم وهم فى مرحلة التقاليد الدينية ، ومرجع ذلك الإختلاف هو تباين الظروف المختلفة لكل شعب من الشعوب .

ولذلك سنعرض لأسباب التدوين وخصائصه فى مبحثين متتالين علي النحو التالى : -

المبحث الأول : أسباب تدوين القانون .

المبحث الثانى : خصائص المدونات القانونية القديمة.

المبحث الأول

أسبـــاب تدويـــن القـــانون

كان لتدوين القانون في ظل المجتمعات القديمة العديد من الأسباب نوجزها فيما يلي : -

١- التقدم الحضاري : -

فاالتشريع قد ظهر أولا في المجتمعات التي بلغت درجة معينة من الرقي الحضاري بحيث استقرت فيها المعاملات بين أفراد المجتمع وانفصلت القاعدة القانونية عن التعاليم الدينية ، فحينما وصلت هذه الشعوب القديمة إلي درجة معينة من الثقافة والحضارة ، وإهتدت إلي إستعمال الكتابه ، بدأت في تدوين أوجه نشاطها المختلفة ومنها القانون ، غير أنه يجب أن نلاحظ أنه لا إلتزام بين الكتابة وظهور التشريع كما تكلمنا سابقا . فالتشريع وإن إرتبط في الأذهان بوجود الكتابة إلا أنه في الواقع لا إرتباط بينهما . فالتشريع قد ظهر كمصدر للقانون قبل ظهور الدوله وقبل الكتابه في صورة أوامر ملزمه من أرباب الأسر وشيوخ القبائل[1] .

٢- نشر القانون : -

أن قيمة المدونات القانونية أو المتون المجمعة لا تتركز في تنظيمها وتقسيمها أو وضوح عباراتها وإنما ترجع قيمتها إلي إعلان

---

(١) د./ أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٣١ ومابعدها .

مبادئها إلي الناس بعد الظلام الذي كان سائدا في عصر التقاليد غير المدونه، كما ترجع إلي الرغبه في توصيل العلم بالقانون إلي الكافه ، وذلك لا يتحقق إلا بكتابه القانون وإعلانه بالطريقة التي تتيح أمام جميع الأفراد فرصة الإطلاع عليه . وقد إزدادت أهمية نشر القانون ، حتي أصبح ، في النظم القانونية الحديثة إجراءاً ملزماً لايصبح التشريع نافذا إلا إذا كان منشوراً (١) .

٣- ظهور التنظيم السياسي في المجتمع :-

لقد ساعد علي ظهور فكرة تدوين القانون في المجتمعات القديمة ظهور المجتمع المنظم في صورة العشيرة أو القبيلة أو المدينة وهذا ادي بدوره إلي ظهور السلطة السياسية داخل الجماعة وتركيزها في يد رئيسها ، وقد كان من أهم سلطات رئيس الجماعة السلطة التشريعية ، والتي إستخدمها في صورة أوامر أو تشريعات ملزمه للأفراد ، ومن ثم كانت التشريعات أهم الأدوات التي إستخدمها في سبيل تركيز سلطه وفرض إحترامه علي جميع أفراد الجماعة (٢) .

(٤) تعدد القضاه :-

تشتد الحاجة إلي تدوين القانون ونشره في مجموعات ، حينما

---

(١) د./ محمد على الصافوري – المرجع السابق – ص ١٠٨ .

(٢) د./ أحمد حسن – المرجع السابق –ص ٣٢ .

ولذلك نجد الإرباط واضحا بين المدونات القانونية القديمة وبين من قام بوضعها من المتخصصين ، إذ نجّد-أن معظم المدونات القديمة قد إرتبط إسمها بإسم واضعها من رجال القانون فمدونة حمورابي ، ومدونة صولون ومدونة دراكون ومدونة جستنيان قد أطلق عليها إسم واضعها ، وهذا إن دل فإنما يدل علي أن وظيفة وضع القانون وتنظيمه وتفسيره كان يقوم بها متخصصون بلغوا درجة كبيرة من العلم بأساليب الفن القانوني .

٦- حفظ القانون من الضياع أو التحريف :

مما ساعد علي تدوين القواعد القانونية في المجتمعات القديمة ، الخوف من ضياعها أو تحريفها ، لأنه إذا كانت القوانين غير مكتوبه ، [illegible] نعتمد في معرفتها علي الذاكرة، وبصفه خاصه ذاكره الشيوخ [illegible] كانت الذاكره تختلف من شخص إلي أخر ؛ ومن وقت لأخر بالنسبه للشخص الواحد ، فإنها لا تصلح أن تكون مرجعاً مؤكداً للقواعد القانونية ، بل أنها قد تؤدي إلي تحريف معني القاعدة القانونية أو إلي تغير حكمها ، لذلك تكون الكتابه هي أفضل وسيلة لحفظ ذاكره المجتمع وحفظ قواعده القانونية من الضياع أو التحريف .

كما أن حفظ القواعد القانونية بتدوينا يساعد في حسم الخلافات التي قد تثور بين القضاة أنفسهم حول وجود قاعده قانونية معينه ، ولا سيما إذا كانت هذه القاعدة غير مكتوبه ، فتدوين القانون يعد دليلا علي وجوده ووسيلة لإثباته ،

المبحث الثاني

خصائص المدونات القانونية القديمة

تميزت المدونات القانونية القديمة بعدة مميزات أهمها :

١- إستخدام الأسلوب الشعري في الصياغة :-

تتميز صياغة هذه المدونات ، بالجمل القصيرة ، والأسلوب الشعري الذي يكون للسجع فيه إعتبار خاص بالإضافه إلي تميزها بالأسلوب الشرطي ، إذ نجد أن مواده تبدأ بأداة الشرط مثل إذا وإن ... إلخ ، والذي تعبر عن الشروط الواجب توافرها ، ثم تنتهي بجواب الشرط وجزاءه متضمنا الحكم الواجب التطبيق [١] .

إلا أن هذه المدونات كانت لا تعبر عن نظرية عامة في القانون ، حيث أن أغلبها قد كتب قبل ظهور نظرية القانون ذاتها ، فهي كانت تعد بمثابه تسجيل لأحكام فردية تقترب إلي حد ما من صيغ الأحكام القضائيه .

٢- توافق قواعدها مع ظروف المجتمع :-

أن فكره التدوين كما قلنا سابقا ، لم تكن متلازمه مع فكرة الكتابة ، وإنما كانت تتوقف علي ظروف كل مجتمع من هذه

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٤٥ .

تتسع رقعة الدولة ويتعدد القضاة الذين يتولون الفصل في المنازعات التي تثور بين أفرادها إذ أن تعدد القضاة قد يؤدي إلي إختلاف القواعد القانونية التي يطبقها هؤلاء القضاة من قاضى إلي آخر لإختلافهم في درجة المعرفه القانونية ، ولإختلافهم في فهم وتفسير القانون مما قد يؤدي في واقع الأمر إلي تطبيق القضاه لقوانين متعدده ، ولما كانت سيادة الدولة تستوجب خضوع كافة الأفراد الذين يقطنون إقليمها لقانون واحد ، بإعتبار ذلك رمزا من رموز سيادتها ، فإن ذلك كان يدفعها إلي تدوين تشريعاتها حتي تكون في متناول جميع القضاه فتصير معرفتهم القانونية واحده ، والقانون المطبق واحد ، فتتحقق بذلك عموميه القانون من ناحيه وسياده الدولة من ناحيه أخري [١] .

٥- تقدم الفن القانوني :-

لقد ساعد علي ظهور التشريع تقدم الفن القانوني والذي يلزم أن يقوم به متخصصون تتوافر لديهم الدراية في صياغة القواعد القانونية ، كما أن التشريع كان يمر في كثير من الشرائع بمراحل متعددة ، ففي روما القديمة كان القانون يمر بمرحلة الإقتراح الذي يقوم به أحد الحكام ثم يعرض بعد ذلك علي المجالس الشعبية للتصويت ثم علي مجلس الشيوخ للتصديق .

---

(١) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ١٠٩ .

تتسع رقعة الدولة ويتعدد القضاة الذين يتولون الفصل في المنازعات التي تثور بين أفرادها إذ أن تعدد القضاة قد يؤدي إلي إختلاف القواعد القانونية التي يطبقها هؤلاء القضاة من قاضى إلي آخر لإختلافهم في درجة المعرفه القانونية ، ولإختلافهم في فهم وتفسير القانون مما قد يؤدي في واقع الأمر إلي تطبيق القضاه لقوانين متعدده ، ولما كانت سيادة الدولة تستوجب خضوع كافة الأفراد الذين يقطنون إقليمها لقانون واحد ، بإعتبار ذلك رمزا من رموز سيادتها ، فإن ذلك كان يدفعها إلي تدوين تشريعاتها حتي تكون في متناول جميع القضاه فتصير معرفتهم القانونية واحده ، والقانون المطبق واحد ، فتتحقق بذلك عموميه القانون من ناحيه وسياده الدولة من ناحيه أخري [١] .

٥- تقدم الفن القانوني :-

لقد ساعد علي ظهور التشريع تقدم الفن القانونى والذي يلزم أن يقوم به متخصصون تتوافر لديهم الدراية في صياغة القواعد القانونية ، كما أن التشريع كان يمر في كثير من الشرائع بمراحل متعددة . ففي روما القديمة كان القانون يمر بمرحلة الإقتراح الذي يقوم به أحد الحكام ثم يعرض بعد ذلك علي المجالس الشعبية للتصويت ثم علي مجلس الشيوخ للتصديق .

---

(١) د./ محمد على الصافورى - المرجع السابق - ص ١٠٩ .

المجتمعات ، ولذلك نجد أن بعض المجتمعات قد بدأ فكرة التدوين من المرحلة الدينية ، مثل المجتمع اليهودي فجاءت مدوناته مصطبغه بالصبغة الدينيه ، ومتضمنه لكل قواعد السلوك التي تتعلق بالفرد منذ ولادته وحتي مماته ، فدمجت قواعد الدين بقواعد كل من الأخلاق والقانون .

والبعض الأخر من هذه المجتمعات قد بدأ فكرة التدوين من المرحلة العرفية ، مثل المجتمع الروماني ، فجاءت مدوناته متأثره إلي حد كبير بالأعراف والتقاليد السائدة في البلاد ، وغلب عليها الطابع العرفي .

ولما إنفصل الدين عن القانون في ظل هذه المرحلة ، فقد إنعكس ذلك بأثره علي مدونات هذه الفترة ، إذا أنها قد إقتصرت من حيث مضمونها علي ما هو قانوني فقط ، مع الإهتمام ببعض قواعد السلوك الذي لا غني للمجتمع عنها . مثل تلك المتعلقة بالجرائم وإجرءات التقاضي ، كما أنها تعرضت لعدد من القواعد من أجل رفع الغموض عنها ولتوحيد تفسيرها تاركة الأحوال التي لا تثير خلافا إلي القواعد العرفيه غير المكتوبه .

ففي المجتمع الروماني علي سبيل المثال ، نجد أنه بجانب المدونات القانونية التي إعتمدت بشكل كبير على الأعراف والتقاليد السائدة ، وجدت مجموعة من المأثورات والقواعد الأخلاقية التي تؤدي دورها في ضبط سلوك المجتمع ، مثل قاعدة النائب صورة حاضره

من شخص الغائب » . « عدم التميز وفاء للقاصر ، وقسوة القدر شفيــع المجنون » ، « الخطأ فعل خلا من التدبر والحيطة وأضر بالغير » ، « إمهاله المدين في الوفاء عليه دواعى الإنسانية » ، « الخطأ الجسيم هو الإهمال المتجاوز الحد ، أو فقد الكفاية ، أي الجهل بما من شأن جميع الناس علمه » ...الخ (١) .

٣- درجة إحترام الناس لها:

إكتسبت المدونات القديمة إحتراما كبيرا في نفوس الناس ، وكان مبعث الإحترام هو : إما إرتباط هذه المدونات بالظروف بالمختلفة للمجتمع مثل مدونه الألواح الإثني عشر التي حددت في روما القديمة ، وذلك علي إثري الثورة التي قامت بين العامة والأشراف ، للمطالبه بالمساواه فيما بينهما في الحقوق والواجبات ، فجاءت هذه المدونه بما يحقق مطالب العامه ، فنالت إحترام أفراد المجتمع لها ، وإما يكون مبعث إحترامها صدورها من زعيم كبير يحتل مكانه خاصه في قلوب أفراد مجتمعه ، مثل مدونه حمورابي في بابل أو مدونه صولون في أثينا فكل من حمورابي وصولون كان زعيما

---

(١) عبد العزيز فهمى - مدونة جستنيان فى الفقه الروماني - عالم الكتب - بيروت - بدون تاريخ ، حيث قد أورد فى الجزء الأخير من المدونة لبعض القواعد التي وضعها فقهاء الرومان فى أصول الفقه وفروعه المختلفة ، مع بعض ما أثر عنهم من التقديرات والأخلاقيات .

يقدره شعبه ، وإمتد هذا التقدير إلي ما أصدره من قوانين ولذلك كان يعمد المشرعون اللاحقوق علي هؤلاء الزعماء إلي نسبة ما يصدرونه من تشريعات جديدة إلي المدونات التي وضعها هؤلاء الزعماء حتي تكتسب تشريعاتهم نفس الإحترام ، وإما يكون مبعث هذا الإحترام نسبة هذه المدونات إلي الآلهة ، مثل قانون مانوا الهندي فنسبته إلي الآلهه كان كافيا لإحترام الناس له .

الفصل الثانى

أهـم المدونـــات القانونيـــة القديمـــة

أن التاريخ قد حفظ لنا العديد من المدونات القانونية القديمة ، بعضها خلفه لنا التاريخ القانوني الغربي، مثل قانون دراكوان وصولون وقانون الألواح الإثني عشر ، وبعضها الآخر خلفه لنا التاريخ القانوني للشعوب الشرقية مثل مدونة حمورابي ، وقانون مانو ، وقانون بكخوريس ، ونعرض مدونات الغرب والشرق على التوالى من خلال هذين المبحثين :

المبحث الأول

المدونـــات الغربيـــة

لم يعرف الغرب الكتابة إلا منذ القرن العاشر قبل الميلاد، عندما نقل الإغريق الحروف من الفينيقيين ، ومنذ ذلك الوقت حددت بعدة تقنيات . أهمها عند الإغريق ، قانون دراكون وصولون ، وعند الرومان قانون الألواح الإثني عشر .

١- تقنيات الإغريق [١] : -

أولا : قانون بدورالون DRACON :

صور هذا القانون في إثينا علي إثري النظال الإجتماعي من

(١) ويجب الا لايغيب عن البال أننا نعرض فى هذا المقام لأهم المدونات القانونية فى بلاد الاغريق ، إذ بجانب هذه المدونات التى تتمتع بشهرة كبيرة فى الأوساط

=====

كما أن دراكوان قد حطم التكتل في الجماعات العائلية فحدد درجة القرابة التي تخول حق المشاركة في دعاوي الإنتقام للمجني عليه ، وكذلك جعل إعتراض عضوا واحد من أعضاء الأسرة كافيا لوقف بعض القرارات .

ورغم ما تميز به قانون دراكون من تجميع للأعراف والتقاليد السائده في صورة مجموعات ونشرها ليعلمها الكافه ، إلا أن قانونه جاء مخيبا للآمال ، حيث أنه لم يحقق المطالب الأساسية لطبقه العامه، ولم يغير شئيا من الوضع الإجتماعي أو الإقتصادي السائد، فدراكون بإعتباره من الأشراف قد إنحاز إلي طبقته ، فجاءت قوانينه معبرة عن إحساسات تلك الطبقة مجحفة بحقوق طبقة العامه ، فلم يلغي الربا الفاحش وإستمرار نزع ملكية صغار الزراع ، وتميز قانونه بالشدة والقسوة ، حيث أن أتفه الجرائم كان يعاقب عليها بالموت، وكان يعترف بالفوارق بين الطبقات ، ولهذا فقد لقي هذا القانون معارضة شديده من طبقه العامة والأشراف .

ثانيا : قانون صولون SOLON :

جاء قانون صولون ، تلافيا للعيوب التي كانت تسود تشريعات دراكون ، ودرء للأحوال السيئة التي كان يعاني منها طبقة العامة نتيجة لإقرار قانون دراكون لمبدأ الفوارق بين الطبقات ، وإتسامه بالشدة والقسوة ، فوضع صولون قانونه هذا عام ٥٩٤ ق . م ، حينما

المرافعـات والخطـب المأثورة عن الخطيب الإغـريقي المشـهـور يموستين (١) .

ومن حيث مضمون هذا القانون ، فإنه قد جاء متأثرا بالقواعد الدينيه لدرجة أن أول فقرة فيه كانت تنص علي تمجيد آلهة البلاد وأبطالها وتقديم القوانين إليها كل عام دون الخروج علي الشعائر التي إتبعها الأسلاف من ناحية ، ومن ناحية آخري فإنه كان يهدف إلي تجميع القواعد العرفية والقواعد القانونية الأثينية في وثيقة مكتوبة واضحة لمنع إحتكار الأشراف لها وحتي يعرفها الكافة وتطبق علي الجميع دون تفرقه تحقيقا لمبدأ المساواة الذي نادي به عامة الشعب ، ويهـدف إلي إشـتـراك الشـعب في السلطة إلي جـانب الطبـقـة الأرستقراطية . ولذلك فقد قام دراكوان بتجميع الكثير من الأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في عصره بعد تهذيبها وإزالة التعارض بينها وإعادة صياغتها علي نحو واضح لا لبس فيه ولا غموض .

كما أنه أدخل بعض التعديلات علي التقاليد والأعراف السائدة بهدف تحقيق المساواة بين الناس ، منها إلغاء حق الأنتقام الفردي ، وإن أبقي السلطة القضائية للأب في شأن أبنه ، وإذا لم يقبل أحد الأطراف الصلح فيما بين الأسرة تولت السلطة العامة الأمر ، وهذا ما يدل علي نقل السلطات القضائيه للدوله لتختص بالفصل في المنازعات بين الأفراد ، وتتولي توقيع العقوبة .

---

(١) د./ أحمد حسن ، المرجع السابق – ص ٣٨ .

قبل العامة تجاه الأشراف ، ورغبة العامة في تدوين التقاليد العرفية وذلك لوضع حد الإحتكار الأشراف لعلم القانون ، فقام دراكوان بإعتباره حاكما للمدينة بوضع هذا القانون حوالي عام ٦٢٠ ق . م

ولم تصل إلينا نصوص قانون دراكوان ، بل ورد في ذكرها في كتب المؤرخين والخطباء والأغريق ، وعلي وجه الخصوص في

= القانونية ، يوجد غيرها من المدونات التى لم تنال مثل هذه الشعرة . ومن أمثلة ذلك تشريع ذاليكوس Zaleucos فى مدينة لوكرس Locres سنة ٦٦٣ ق.م ، فقد أتى هذا التشريع ببعض الأحكام الجديدة مثل إقامة القضاء العام (قضاء المدينة) بجانب القضاء الخاص (قضاء الأفراد) . وقدر الإستئناف فى حالة سوء الأحكام . وإنشاء نظاماً للإلتزامات يمتاز بالإيجاز . ونص على منع الإقراض بالنقود أو التصرف فى حصص الأرض العائلية وقمع الترف وشرب النبيذ .

وهناك أيضاً مجموعة كاروندا س فى كاتان سنة ٦٣٠ ق.م تقريباً ، والتى كانت تتميز بالديمقراطية ، إذ أنه قد نظم القضاء وجعل مباشرته من قبل محاكم شعبية تختار من كل الطوائف الإجتماعية . وجعل كل جريمة تستتبع دعويين : دعوى تعويض ، ودعوى عامة لعقاب الجاني . كما نظم القانون الخاص على نحو متطور جداً .. فحدوا الأسرة فى مجال ضيق ، إذ أخرج الأبناء الذين تركوا المنزل من تحت سلطة الأب . وإعترف للمرأة بشخصية قانونية مستقلة ، وأبيح الطلاق حتى لصالح الزوجة . كما وضعت هذه المجموعة نظاماً للإلتزامات يمتاز بالمنهجية وعمق التحليل .

ولمزيد من التفاصيل : راجع د./ محمد بدر – المرجع السابق –ص ٧٤ ومابعدها .

تولي السلطة في أثينا بتأييد من الشعب رغم إنتمائه إلي طبقة الأشراف .

وقد حاول صولون أن يكون حكماً عدلاً بين طبقة الأشراف والعامة ، وسعي جاهداً للحد من عنف طبقة العامة وطموح الأشراف وحاول التوفيق بينهما بتحقيق أكبر قدر من المساواة ، فجاء قانونه معبراً عن ذلك .

وقد بدأ صولون إصلاحاته بالعفو العام عن الجرائم السياسية ثم توالت إصلاحاته بعد ذلك في كافة المجالات سواء كانت سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية .

(أ) ***فمن الناحية السياسية*** ، فقد عمل علي تحقيق المساواة بين كافة الطبقات ، وإشتراك العامة في إدارة شئون الحكم سواء في عضوية مجلس الشيوخ أو في مجلس الشعب أو تولي المناصب العامة في الدولة ، كل ما في الأمر أنه قد جعل مقدار ثروة الشخص هي شرط توليه المناصب العامة أو التقدم لعضوية مجلس الشيوخ أو مجلس الشعب ، أو تولي مناصب الحكم والقضاء [١] .

(ب) ***ومن الناحية الإقتصادية*** ، فقد عمل علي تحديد سعر

---

(١) د./ محمد بدر – المرجع السابق – ص ٧٦ ومابعدها – د./ أحمد حسن – المرجع السابق – ص ٤٠ ومابعدها .

الفائده ، وتحريم الربا الفاحش ، وعمل علي حل المشكلة الزراعية بوسائل منها تحرير الأرض من القيود التي كانت تمنع إنتقالها من داخل نطاق الأسره وحدد مساحة الأراضي الزراعية التي يجوز لكل فرد من الأشراف أن يمتلكها ، مما ترتب عليه قيام ملكيات متوسطه وصغيزه ، وإستطاعت الطبقات المحرومه من الفلاحين تملك الأراضي، مما أدي إلي تحسن الحالة الإقتصادية للفلاحين .

(جـ) ومن الناحية النقديه : فقد أصلح النظام النقدي وذلك بتخفيض قيمه العمله مما أدي إلي تخفيف عبئ الديون ورفع مستوي معيشة المواطنين ، كما وضع نظاما جديدا للموازين والمقاييس بهدف حماية التجار والصناع .

(د) ومن الناحية الإجتماعية : فإنه قد ألغي الديون القديمة مما ترتب عليه تحرر المدينين الذي إسترقهم الدائنين كما حرم الإكراه البدني ، وذلك بمنع التنفيذ علي جسم المدين بسبب عجزه عن الوفاء بدينه وذلك ببيعه أو قتله ، وأصبحت بذلك ذمة الشخص هي الضمان لديونه وليس جسمه .

وفي هذا المجال أيضا عمل صولون علي التخفيف من شدة السلطة الأبوية ، فحرم تحريماً مطلقاً قتل الأبناء وبيعهم . كما أعترف للإبن بحق التحرر من السلطة الأبوية إذا بلغ سناً معينة . وألغى امتياز الإبن الأكبر في الميراث ، وساوى بين الأبناء الذكور فى الميراث ، وفي حالة وجود أبناء من الذكور تذهب التركة لأقرب

العصابات علي أن يلتزم بالزواج من بنت المتوفى . كما أجاز للشخص أن يوصى بأمواله إذا لم يكن له أولاد [١] .

وعمل صولون علي توجيه الشعب إلى العمل وجعل التسول جريمة ، والزم الأب أن يقوم بتعليم إبنه مهنة معينة [٢] ..

٢ - تقنينات الرومان :-

نشأت القاعدة القانونية فى روما فى كنف الدين ، وكان حكم القانون فيما يعرض من أقضية يصدر عن الملك أو عن الكهنة على أنه وحى إلهى . وكان تكرار الأحكام علي نهج واحد يؤدى الى نشوء القواعد العرفية الذي يهيمن الكهنة عليها ويحتكرون تفسيرها وتصويريها وفق مقتضيات التغير فى الظروف والأحوال . وظلت الهيمنة لهذه القواعد العرفية ذات الطبيعة الدينية حتى نهاية العصر الجمهورى .

أما التشريع حينما أتخذ وسيلة لتنظيم الروابط القانونية فى روما فإنه كان مقصوراً على نطاق القانون العام ، فكان يهتم بتنظيم السلطة والمرافق العامة والمجالس الشعبية وغيرها من الأمور التى

---

(١) د./ أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٤٠ ومابعدها . د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٤٨ ومابعدها .

(٢) د./ محمد بدر - المرجع السابق - ص ٧٧ .

تهم مدينة روما .

وظل العرف سائداً فى مجال القانون الخاص لفترة طويلة من تاريخ نشأة روما ، ولم يتدخل فيه التشريع إلا بالقدر الضئيل التى لاتسعف فيه وسائل التطوير الفقهى للعرف أو لمنع ظلم يمكن أن يؤدى إليه التعسف فى استعمال الأشكال الموروثة عن الأسلاف ، أو يتدخل لإبتكار وسائل جديدة للحماية القانونية أو لحماية غير كاملى الأهلية ، شريطة أن لايخالف التشريع قاعدة عرفية آمره[(١)] .

وكان التشريع فى روما فى المجال الذى يتدخل فيه عبارة عن إتفاق ، أى عمل رضائى يتقيد بموجبه شعب روما بناء على طلب من الحاكم وفق الصيغة المقترحة أن يمتنع عن أعمال قواعد قانونية معينة إلا فى حدود معينة أو مالم ينجم عن أعمالها ظلم معين .

ولما كان التشريع يعد بمثابة عملاً رضائياً ، يتوقف إصداره على اتفاق إرادة الشعب ، فإنه قد أصبح عملاً إنسانياً يصدر عن الإنسان وينسب إليه ولاينسب إلى الآلهة ، وهذا ما أدى بدوره الى انفصال القانون عن الدين فى روما ، وأصبح لكل منهم مجاله الخاص .

ولما انفصل القانون عن الدين فى المجتمع الرومانى ، بدأت تظهر فكرة التجميع الأولى للقانون عند الرومان فيما عرف بتشريع الألواح الإثنى عشر. ولذلك سأقتصر على عرض موجز لهذا التشريع.

---

(١) د./ محمد بدر - المرجع السابق - ص ٨٠ ومابعدها .

٣ - تشريع الألواح الإثنى عشر : -

١ - تاريخ وأسباب وضعه : -

أما من حيث تاريخ وضعه فهناك إختلاف بين فقهاء القانون الرومانى المحدثين حول تاريخ صدور قانون الألواح الأثنى عشر. فيذهب البعض الى القول بأن تقتين الألواح الإثنى عشر ليس تقنياً رسمياً صادراً عن السلطة العامه ، وإنما هو مجرد مجموعة قواعد عرفية قام بها الأفراد . بينما يذهب البعض الأخر الى أن تاريخ صدور هذا القانون يعود الي تاريخ أحدث حوالى عام ٢٠٠ ق . م . بينما يذهب الرأى الراجح بين شراح القانون الرومانى إلى أن قانون الألواح الإثني عشر ، عبارة عن تقنين رسمى ، صدر فى روما عام ٤١٥ قبل الميلاد[١] .

أما من حيث أسباب وضعه ، فنجد أن هناك تشابها فى الظروف التى نشأ فيها تشريع الألواح الإثنى عشر مع تلك التى نشأ فيها قانونى دراكون وصولون فى أثينا . حيث كان يستهدف هذا التشريع تحقيق نفس الأغراض ، أى تحقيق المساواة بين طبقات المجتمع الرومانى من ناحية ونشر القانون من ناحية أخرى لقضاء

---

(١) - E.LA A MBERT " Le fonction du droit civil compare " P. 393 et s.

وعلى أحتكار الأشراف الأشراف لعلم القانون وتطبيقه وتقسيمه [١] .

فقد كانت طبقة العامة فى نضال دائب مع طبقة الأشراف الحاكمة ، بقصد الوصول الى نوع من المساواة فى الحقوق المدنية والسياسية والإجتماعية . ولهذا فقد طالب العامة بوجه خاص :

(أ) – بإلغاء القاعدة التى كانت تمنع الزواج بين الأشراف العامة.

(ب) – تقرير قابلية رجالهم للنهوض بالوظائف العامة فى حكم روما،

(جـ) – أن يكون لهم حق الإشتراك مع الأشراف فى تقديم القرابين لآلهة روما .

(د) الحد من التحكم والأستغلال الجائر من الحكام الأشراف فيما ينهضون به من الأمور العامة اعتماداً على إحتكارهم علم القانون ، وهو مايتحقق بكتابة الأعراف القديمة فى وثيقة تحدد قواعد القانون وتعلن على الكافة ويلتزم الحكام بتطبيق أحكامها على الجميع [٢] .

٢ - كيفية وضعها:-

كتب مؤرخو الرومان أحد حكام العامة ، يعززه زملاءه ، طالب

---

(١) د./ أحمد حسن – المرجع السابق – ص ٤٣ – على بدوى – تاريه الشرائع – المرجع السابق – ص ٤١ .

(٢) د./ محمد بدر – المرجع السابق – ص ٨٣ ومابعدها .

فى سنة ٤٦٢ ق . م ، بتشكيل لجنة من العامة لوضع مدونة خاصة بالعامة وحدهم . ولكن هذا الإقتراح لقى معارضة شديدة من قبل الأشراف الغيورين على إمتيازتهم .

واستمر العامة على هذا المنوال طيلة عشر سنوات لا يألون جهداً ولا يدخرون وسيلة فى الإصرار على مطالبهم . وفى النهاية رأى الأشراف – وقد أنهكتهم الحروب الخارجية – أنه لايتسر الإنتصار على العدو الخارجى قبل وضع حد للنزاع فى الداخل .

ومن ثم اتفقوا مع العامة فى سنة ١٥٥ ق . م على تشكيل لجنة من عشرة رجال لوضع مجموعة القوانين وإيفاد لجنة ثلاثية إلى بلاد الإغريق للإطلاع على قانون صولون قبل أن تبدأ لجنة العشرة عملها . وبعد عودة اللجنة الثلاثية ثار خلاف بين الأشراف والعامة حول تشكيل لجنة العشرة وانتهى الرأى إلى إختيار لجنة العشرة من الأشراف وحدهم ، علي أن تنتهى من عملها خلال سنة . وأنتهت السنة دون أن تنتهى اللجنة من عملها ، فقد أتمت وضع عشرة ألواح فقط عرضت على المجالس الشعبية فوافقت عليها وأمرت بإصدراها ونشرها ، إلا أن القواعد التى شملتها العشرة الواح هذه لاتكفى بالغرض المطلوب ، فشكلت لجنة أخزى فى عام ٤٥٠ ق. م ضمت فى عضويتها بعض أفراد طبقة العامة إلى جانب الأشراف قامت هى الأخري بوضع مجموعة من القوانين نقشت علي لوحين عرضا على مجلس الشعب الذى وافق عليها وأصدرها فى عام ٤٤٩ ، ومن ثم أصبح عدد الألواح التى نوقش عليها القانون إثنى عشر لوحاً ولذلك

سمي بقوانين الألواح الإثنى عشر[1] .

والنسخ الأصلية لهذه الألواح لم تصلنا كاملة نظراً لأنها فقدت أو تحطمت نتيجة لغزو قبائل الغال لمدينة روما سنة ٣٩٠ ق . م . والنصوص الموجودة لدينا من هذا القانون عبارة عن فقرات وردت إلينا عبر كتابات مؤرخى وفقهاء وعلماء الرومان .

٣ - خصائص ومضمون تشريع الألواح الإثنى عشر :-

أ - من حيث خصائصه : -

رغم تشابه ظروف وضع تشريع الألواح الإثنى عشر مع ظروف وضع تشريع دراكون وصولون فى أثينا ، إلا أن هناك فوارق هامة بينهما . فقانون الألواح كان حافلاً بالإجراءات الشكلية والصيغ الرسمية التي كانت تتفق والبيئة الزراعية فى فن الرومان والتى كانت تقوم على أساس الإكتفاء الذاتى داخل كل أسره . أما القوانين اليونانية فهى خالية فى الغالب من هذه الشكلية لأنها وضعت لبيئة تجارية تمتاز بكثرة المعاملات وسرعة التبادل مما لايتفق والأوضاع الشكلية والصيغ الرسمية .

---

(١) د./ صوفى أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٥١ ومابعدها ، د./ محمد بدر - المرجع السابق - ص ٨٤ ، د./ أحمد حسن ، المرجع السابق - ص ٤٤ ، د./ عمر ممدوح مصطفى - القانون الرومانى - المرجع السابق - ص ٤٧ ، ٤٨ .

بالإضافة الى ذلك ، فإن القوانين اليونانية كانت بعيدة عن الصيغة الدينية ، فلم تحوى أحكاماً خاصة بالدين . أما قانون الألواح فقد حوى بعض الأحكام التي تتعلق بالدين كآداب الديانة ومراسم الجنازات.

ب - *أما من حيث أحكامه* :

لم يشمل قانون الألواح الإثنى عشر على جميع القواعد العرفية التى كانت سائدة فى وقت وضعه ، إذ أنه لم يكن تجميعاً شاملاً بالمعنى المعروف اليوم ، وإنما هو عبارة عن نصوص خاصة بقواعد معينة أريد بالنص عليها نفى الشك فى وجودها أو منع الخلاف علي تفسيرها إضراراً بالعامه . فقد ترك نظام السيادة الزوجية والسلطة الأبوية والملكية والزواج والطلاق لأحكام العرف .

وقد حرت الألواح الإثنى عشر لمجموعة من الأحكام بعضها يتعلق بالدعوى وإجراءات التنفيذ ، وبعضها يتعلق بالملكية وبعضها يتعلق بالأسرة ، وبعضها يتعلق بتحديد التعويض فى الجرائم والقصاص ، والبعض الآخر منها خاص بالجنائز وعدم الدفن داخل المدينة .

أما الأحكام التى تتعلق بالدعوى وإجراءات التنفيذ .. فقد عنى بها المشرع عناية خاصة وأحاطها بمجموعة من الضمانات التي تكبح جماح التعسف من جانب صاحب الحق فى إقتضاء حقه ، إذ تنص

الألواح الثلاثة الأولى على أن يدعو صاحب الحق مدينه للذهاب معه الي مجلس القضاء، فإن لم يستجيب أشهد عليه وإضطره إليه فإن حاول الهرب كان له أن يعنف عليه ، فإن كان المدعى عليه مريضاً أو به مايعجزه عن الذهاب إلى مجلس القضاء من مرض أو شيخوخة قدم له مطية .

وبعد ثبوت الحق يأخذ المدين مهلة شهراً للوفاء بما حكم به ، فإنه لم يفى كان للدائن أن يطلب وضعه تحت تصرفه ثم يسلكه فى سلسلة لايزيد وزنها عن خمسة عشرة رطلاً ويجتره إلى منزله حيث يبقى ستين يوماً . ويعرض فى خلال هذه المدة ثلاث مرات فى ثلاثة أسواق ، فإن لم يقم أحد بالوفاء عنه كان للدائن أن يقتله أو يبيعه فيما وراء نهر التبر ، أى خارج حدود المدينة (١) .

أما الأحكام التى تتعلق بالأسرة : - فقد وضحت قاعدة الولد للفراش ، واستلزمت أن يولد خلال عشرة أشهر من وفاة أبيه . كما حددت سلطة رب الأسرة فى بيع إبنه الأكبر بحيث تنتهى بثلاث مرات بعدها يتحرر الإبن عن سلطة رب الأسرة ، كما أقر حق الزوجة ، التى تتزوج بغير الإجراء الرسمى ، فى أن تتفادى السقوط فى يد رب الأسرة إذا هى غابت عن منزل الزوجية ثلاث ليالى متعاقبة من كل عام .

---

(١) د./ محمد بدر - المرجع السابق - ص ٢١ .

أما فيما يتعلق بالعقوبة : – فـقـد قـسم الجـرائم الى نوعين ، جرائم عامة تمس الدولة مثل جريمة الخيانة العظمى والجرائم الخطره ، مـثل قـتل الأفـراد . أمـا النوع الثـانـي من الجـرائم فـهى الجـرائم الخاصة والتى يقتصر ضررها علي الأفراد ، ولذلك كان للمجنى عليه وحده حق توقيع العقاب علي الجاني يقتص منه بنفسه مالم يتفق علي تحديد مبلغ من المال يدفع كتعويض .

– ورغم صدور قانون الألواح الإثنى عشر لتحقيق المساواة بين الأشراف والعامة ، إلا أنه لم يحقق هذا الهدف على النحو المبتغى حيث ظلت هناك بعض الفوارق بين الأشراف والعامة لم تلغى إلا على إثرى قوانين لاحقة لها .

المبحث الثاني

أهم المدناوت الشرقية

أن الحضارات الشرقية قد عرفت هى الأخرى فكرة التدوين ، فظهرت فيها العديد من المدونات ، سواء فى بلاد ما بين النهرين مثل تقنين أرنمو ، وتقنين لبت عشتار ، وتقنين أشنونا ، وتقنين حمورابى ، أو فى مصر القديمه مثل تقنين بكخوريس ، أو فى الهند مثل مجموعة مانوا الهنديه .

وسوف نقتصر على عرض أهم هذه المدونات مع مراعاةالتنسيق بين الحصارات الشرقية المختلفه حتى يتيسر للقارئ الإطلاع على أهم تقنيات الشرق .

أولاً : تقنيات بلاد ما بين النهرين

قانون حمورابى :

أن قانون حموارابى لم يكن أقدم المدونات فى بلاد ما بين النهرين ، فقد وجدت عدهً مدنونات يرجع تاريخها إلى بضعة مئات من السنين قبل قانون حمورابى مثل تقنين أرنمو (١) ، ولبت عشتار (٢) ،

---

(١) أصدر هذا القانون الملك « أورنمو» مؤسس أسرة أور الثالثه والذى بدأ حكمه فى عام ٢١١١ ق . م . وهو يعد أقدم تقنين عرفه الأنسان . ويشتمل هذا التقنين على مقدمه تسرد للإصلاحات الداخليه والأعمال الخارجيه التى قام بها هذا الملك وعلى إحدى وثلاثون ماءه تعالج موضوعات قانونيه متعده مثل الخطبه

واشنونا [١] ، ولكن نظرا للشهره التى تمتعت بها هذ المجموعه من كثرة النصوص بالمقارنه بالتقنيات السابقة ولتأثيرها العميق على جميع شعوب بلاد ما بين النهرين والبلاد المجاوره ، بالإضافة إلى وصول جميع نصوصها إلينا كاملة ، فإن الفقهاء قد دأبوا على تناولها بالشرع والتفصيل . ولذلك سأعرض لها على النحو التالى :

١ - تاريخ التقنيين :

وضع هذا التقنين الملك حمورابى الذى حكم بلاد ما بين النهرين فى المده من ١٧٢٨ وحتى ١٦٨٦ ، وذلك بعد أن إستطاع توحيد البلاد

= والزواج والطلاق وبعض الجرائم ووسائل الإثبات وشهاده الزور . إنظر فى تفصيل ذلك – فوزى رشيد – الشرائع العراقيه القديمه – بغداد سنه ١٩٧٣ ، ص ١٢ وما بعدها .

(٢) هذا التقنين صادر عن ملك مدينه « إيسن » لبت عشتار ويرجع تاريخه إلى ١٩٣٤ ق . م – ١٩٢٤ ق . م . ويشمل هذا التقنين على مقدمه وخلتمه وتسعه وثلاثون ماده . وتتضمن المقدمه تمجيدا للآلهه وتبريرا لهذا القانون بأنه وضع لجلب الخير والرفاهيه للبلاد . أما فيما يتعلق بمضمونها فإنه يعالج موضوعاته متعده أهمها إيجار الأراضى الزراعيه والرقيق والملكيه العقاريه ونظام المواريث ، ونظام الزواج وإيجار حيونات الجر – راجع فى ذلك فوزى رشيد – المرجع السابق – ص ٤٧ .

(١) أصدر هذا التقنين «بلالاما» ملك مدينه أشنونا ، إحدى مدن العراق القديم . ويشتمل هذا التقنين على مقدمه وواحد وستون ماده ، تعالج موضوعات قانونيه مختلفه ، مثل إيجار العربه والقوارب والعمال الزراعيين ، ونظام العراق والودائع والجرائم والبيع ونظام الأسره . إنظر الترجمه الكامله لهذا التقنين – فوزى رشيد – المرجع السابق – ص ٦١ – ٧١ .

التى كانت مجزئه إلى دويلات ومدن ، وقد سجل حمورابى مجموعته على مسله كبيره من حجر الديوريت الزسور إرتفاعها مترين وربع المتر وتبلغ قاعدتهامترين تقريباً . وهى إسطوانيه الشكل وقد وجدت فى مدينه سوسه عاصمة العيلاميين أثناء الحفريات التى قامت بها البعثه الفرنسيه فى شتاء سنه ١٩٠١ - ١٩٠٢ وكتبت باللغة الأكديه وبالخط المسمارى ، وهذه اللوحه محفوظه الآن فى متحف اللوفر بمدينه باريس بفرنسا . إلا أنها ليست النسخه الوحيده لمجموعة حمورابى . فقد عثر على نسخ متعدده فى أماكن متفرقه . كما عثر أيضاً على إثنين وعشرين فقره تخص هذا التقنين مما أدى إلى إكمال بعض الأجزاء الناقصه التى تم محوها . وهذا يدل على إنتشار تشريع حمورابى فى أماكن بعيده عن بابل وإستمرار تأثيره إلى ما يزيد على ألف سنة بعد حمورابى (١) .

٢ - مضمـــونه :

تتميز مجموعة حمورابى القانونيه بكثرة بالمقارنة بالمجموعات القانونيه السابقه . وأيضا تتميز بعمق تأثيرها على جميع شعوب بلاد ما بين النهرين والبلاد المجاوره لها .

أما من حيث مضمونها فإنها تتضمن لمقدمه ، و ٢٨٢ نص تشريعياً وخاتمه . وفى المقدمه والخاتمه بعتني المشرع عنايه كبيره بتجميد الإله ، وذكر صفاته وما وهب من حكمه وسعة ملك . كما يشير

(١) د / محمد بدر - المرجع السابق - ص ١٠٦ ومابعدها .

إلى الغرض من عمله التشريعى ويهتم أشد الإهتمام بتجليده وذلك بحرصه على إستعمال أروع صور التعبير في بيان سوءالمصير الذى ينتظر من تسول له نفسه فى يوم من الأيام وإلى الأن أن يغير فيه شيئاً .

والتشريع من حيث مصوره يكاد يكون مستمد فى أغلب نصوصه من القوانين السابقه حيث يختلط فيه النصوص الأكديه بالسومريه . حتى أن بعض نصوصه تعتبر ترجمه تكاد تكون حرفيه لبعض نصوص مجموعة لبت عشتار السومريه . أما من حيث الصياغه فإن تشريع حمورابى يمتاز بإيجاز العبارة ووضوح معناها . كما يمتاز بومواجهته للحالات الواقعيه وتبيان الحكم القانونى فيها .

أما من ناحيه الموضوعات التى تحتويها المجموعه فإنها متعده ، منها ما هو خاص بالإجراءات والأحكام القضائيه ، ومنها ما هو خاص بالمسئوليه الجنائيه والعقاب ، ومنها ما هو خاص بالمعلاملات وبخاصه المسائل الزراعيه والتجاريه ، ومنها ما يتصل بمسائل الزواج والطلاق والتبنى والمسرات والرق . وإليك سرواً لفصول هذا القانون [١] : –

(١) الفصل الأول (م ١ – ٥) يتعلق بالجرائم المساسة بسير العداله (القضاء) .

---

(١) أحكام هذه المجموعه نقلت من د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٢) الفصل الثانى : (م ١ – ٢٥) جريمه السرقه وإختفاء الأشياء المسروقه وقطع الطريق .

(٣) الفصل الثالث : (م ٢٦ – ٢٤) تنظيم الاقطاع العسكرى .

(٤) الفصل الرابع : (م ٤٢ – ٥٢) عقد المزراعه والعريه المضمونه برهن .

(٥) الفصل الخامس : (م٥٣ – ٥٩) الأضرار التي تصيب المزروعات سواء كانت عمديه أم نتيجه إهمال .

(٦) الفصل السادس : (م ٦٠ – ٦٥) تحويل الأراضى غير القابله للزراعه إلي زراضى صالحه لزراعه الفاكهه أو الحبوب .

(٧) الفصل السابع : (م٩٠ – ٩٧) القرض بفائده .

(٨) الفصل الثامن : (م١٠٠–١٠٧) عقد الشركه .

(٩) الفصل التاسع : (م١٠٨–١١٢) الجرائم التي يرتكبها صاحب الفندق آو الناقل .

(١٠) الفصل العاشر : (م ١١٣–١١٩) إساءة إستعمال الحق من جانب الدائن .

(١١) الفصل الحادى عشر : (م ١٢٠ – ١٢٦) الوديعه .

(١٢) الفصل الثانى عشر : (م١٢٧ – ١٦٤) أحكام خاصه بالراهبات ، (م١٧٨ – ١٨٤) أحكام خاصه بالنساء والمتزوجات .

(١٣) الفصل الثالث عشر : (م ١٦٥ - ١٧٧ ، ١٨٣ - ١٨٤) حقوق الزيناء والأرمله مع زموال الأب أو الزوج .

(١٤) الفصل الرابع عشر (م ١٨٥ - ١٩٣) التبني .

(١٥) الفصل الخامس عشر (م١٩٤ - ٢١٤) الضرب والجرح والإجهاد .

(١٦) الفصل السادس عشر : (م ٢١٥ - ٢٤٠) أحكام خاصه بالأطباء والمهندسين والبحاره .

(١٧) الفصل السابع عشر : (م ٢٤١ - ٢٥٥) إيجار الدواب الزراعيه ومسؤليه المستأجر .

(١٨) الفصل الثامن عشر : (م ٢٥٧ ، م ٢٥٨ ، م ٢٦١ ، م ٢٧٣ ، م ٢٧٤ ٩ أحكام متعلقه بزجاره الأشخاص مثل العامل الزراعى ، وراعى البقر ، وراعى الغنم ، وعامل اليوميه ، والصانع .

(١٩) الفصل التاسع عشر : (م ٢٦٣ - ٢٦٧) مسؤليه حارس الحيوان .

(٢٠) الفصل العشرين : (م٢٥٩ -٢٦٠) سرته إدوات الزراعه .

(٢١) الفصل الحادي والعشرين : (م ٢٧٥ - ٢٧٧) إيجار المراكب والسفن .

(٢٢) الفصل الثانى والعشرين : ٠م ٢٧٨ – ٢٨٢) شراء عبد .

– ومن هذه الأحكام يتبين لنا أن هذه المجموعه تتميز عن مجموعة الألواح الأثنى عشر على الرغم من أنها سابقه لهذه المجموعه بقرون عديده . فهذه المجموعة قد عرفت بالملكيه الفرديه ، وحريه التعاقد ، وإعترفت للمرأة بأهليه قانونيه فى معظم الحالات . وبصفه عامه تتميز هذه المجموعة بروح العدالة التى كانت تعتبر الطابع المميز لها .

ثانيا: التقنيات المصريه القديمه

قانون بوكخوريس :

لايعد تقنين بوكخوريس هو التقنين الوحيد الذى عرفته الحضاره المصريه القديمه . فقد سبقه العديد من التقنيات القانونيه ، مثل تقنين الملك مينا موحد القطرين والذي كان يطلق عليه تقنين تحوت إله القانون كما كان هناك تقنين « ساسو جيس » أحد ملوك الأسره الرابعه ، وتقنين « سنوسرت» أحد ملوك الأسرة الثانية عشرة ، ثم تقنين « بوكخريس» أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين ، وتقنين «أمازيس» أحد ملوك الأسره السادسه عشر .

ولكن لما كان تشريع بوكخريس يعد من أشهر هذه التقنيات بشهاده كبار المورخين أمثال ديودر الصقلى وهيردوت ، فإننا نعرض لهذا التقنين بشئ من الإيجاز .

١ - تاريخه وظروفه وضعه :

صدر هذا التقنين في عهد الملك بوكخريس أحد ملوك الأسرة الرابعه والعشرين ، مابين عامى ٢٧٤٠ ، ٧٢٠ قبل الميلاد . وذلك علي إثرى تدهور الأحوال الإقتصادية في مصر الفرعونيه منذ أواخر الأسره العشرين ، حيث تفككت البلاد من الداخل وساد النظام الإقطاعي جيث تنافى الأفراد والكهنه علي السلطه مما جعل البلاد عرضه لهجاته الغزاه المتكرره من الشعوب الهند وأوربيه ، وعن الخراب والفوضى البلاد ، حتي إستطاع الملك بوكخريس مؤسس الأسره الرابعه والعشرين أن يعيد للبلاد وحدتها ، ويعيد مبدأ المساواه بين أفراد المجتمع من جديد . فزصدر هذا التقنين الذى قضى علي إمتيازات الكهنه وأعلى شأن مبدأ المساواه بين المواطنين (١) .

- ونصوص هذا التقنين لم يحفظها لنا التاريخ . وإنما تم التوصل رليها من قبل علماد تاريخ القانون عن طريق كتب المورخين القدماء أمثال هيردوت وديودور الصقلي حيث رددوا ما جاء بهذا القانون . كما تواترت أيضا الوثائق القانونيه المختلفه وخاصه التي تعود إلى العصر البلطمي علي ذكر مضمون هذا القانون .

---

(١) د / أحمد حسن - المرجع السابق - ص ٦٥ ومابعدها . د / عمر ممدوح مصطفي - المرجع السابق - ص ٧٩ .

٢ - مضمـونه :

قـد جمع بوكخريس فى تقنين لبعض الأعراف والتشريعات المصريه القديمه التى كانت مطبقـه من قبله ويغد أن أدخل عليها مجموعه من التعديلات التي تجعلها ملائمه عصره . كما أتى فيه بكثير من الأحكام الجديده والتي لم تكن معروفه من قبل وذلك استرشاداً بالقوانين البابليه وخاصة قانون حمورابي . فقد نقل عن تقنين حمورابيس بعض المبادئ المتعلقه بالعقود والإلتزامات . كما أنه تأثر به في الفصل بين القواعد القانونيه والقواعد الدينيه .

وقـد تضـمن هذا التـقنين الكثـير من الأحكام منهـا إلغـاء الاسترقاق بسبب الدين ، والذي كان سائداً من قبله حيث كان المدين مسـولا عن دينه فى ماله وشخصه . ومنها أيضا تخصيص فوائد الديون وتحديد سعرها بحد أقصي قدره ٣,٥ ٪ بالنسبه للعقود ، ٣٢٪ بالنسبه للحاصلات الزراعيه . وحرم تقاضى فوائد علي متجمد الفـوائد وأن لاتزيد مـجمـوع الفـوائد على أصل الدين بأى حـال من الأحوال .

كـمـا تضـمن هذا القـانون النص علي الحـريه الفـرديه التي يستطيع بمقتضاها الفرد أن يتضمن بحريه فيما يملك ويبرم ما يشاء من العقود في حدود القانون كما إعترف للمرأه بالشخصيه القانونيه الكامله ، وساعتها بالرجل فى الميراث وفي حق التـملك وفى إبرام التصرفات القانونية .

وقانون اللكخوريس يعد بمثابه المرحلة الأخيرة الذى وصل إليها القانون المصرى الفرعونى فى عهده الأخير ولذلك ظل سارياً مع بعض التعديلات الجزئيه التى أدخلت عليه خلال العصر البطمى ، والشطر الأول من العصر الرومانى [١] .

ثالثاً : التقنيات الهنديه . « تقنين مانو Loi de MANOU .

هذا القانون عباره عن كتاب شعرى ضخم يشمل كل ما يتصل بسلوك الإنسان وحياته من الوجهتين الدينيه والقانونيه والمسائل اللاهوتيه والمراسم التى يجب أن يسير عليها المرء فى أدوار حياته المختلفه وواجباته فى الدين والعباده وتقديم القربان والصدق والطهاره، ويحتوى فوق ذلك على حكم أخلاقيه وأفكار فى الفنون الحربية والسياسية والتجارية ويبين العقوبات والكفارات والجزاءات التى تصيب المذنب بعد الموت وطرق الوصول إلى السعادة [٢] .

- اما من ناحية تاريخ وضعه :

فقد ثار بشأنه خلاف بين مؤرخى القانون . فمنهم « الأستاذ وليم جونز » ، من يرى أنه قد وضع عام ١٢٨٠ ق. م . ،منهم من يرى أنه يرجع إلى ألف سنه قبل الميلاد . ومنهم من يرى أنه أحدث من ذلم ويرى الأستاذ ديلونجشان الفرنسى أن هذا القانون يرجع إلى القرن

---

(١) د / أحمد حسن – المرجع السابق – ص ٦٧ .

(٢) على بدوى – المرجع السابق – ص ٤٢ ومابعدها .

الثالث عشر قبل الميلاد ، وأيده فى ذلك بعض زملائه حيث يروا أنه وضعه كان فى خلال القرن الثالث عشر قبل الميلاد ، ويستند ديلونجشان فى ذلك إلى إلى نصوص هذا القانون ومبادئه ، ويستخلص منها وليلين على صحه قوله . الأول يقوم على أن العقيده الدينيه التى تمليها نصوص قانون قائمه على التوحيد : أي أن إلها واحداً أبدياً غير محدود وهو أصل العالم وروحه وهو « براهم » الروح الأعظم خالق هذا الكون وهادمه . وهذه كانت عقيده الهنود الأولى قبل تحولها إلى فكره التثليث التى توحى بأن الروح الأعظم « براهم » تقمص ثلاثة آلهه هم « براهما » ، « وفيشنو » ، « وسيفا » . وعقيده التوحيد هى العقيده التى تتملك كتاب الطعون والترتيل الهنديه المسمى « فيداً » وهو كتاب ابراهيمه المقدس ، وقانون مانو وضع فى عهد معاصر أو مقارب للعهد الذى يرجع إليه كتاب الصلوات المقدس نظراً لوحده العقيده فى الكتابين . ومما لا خلاف فيه أن كتاب الصلوات المقدس يرجع تاريخ وضعه إلى نحو القرن الرابع عشر قبل الميلاد .

– الثانى : لما إنتقلت الديانه من عصر التوحيد إلى عصر التثليث ، حدث لها تطور جديد على يد نبى جديد وهو « بوذا » الذى قام بحمله موفقه على الإجراءات الرسميه والشكليات الدقيقه التى بنى عليها وبين البراهمه ، ودعى إلى الأخذ بالجوهر دون المظهر . وقد كان عهد هذا المصلح الدينى قبل ميلاد المسيح بألف سنه . ولما كانت نصوص مانو لاتشير إلى « بوذاً » ولا إلى مذهبه بشئ ما ، فإنهذا

دل ولاله قاطعه على أن هذا القانون قد وضع فى عهد سابق به عهودا « بوذا » .

- **أما من حيث مضمونه :** [١]

فإنه يتسم بإختلاط القواعد القانونيه بالقواعد الدينيه والمبادئ الأخلاقيه . ولذلك يشكل كل ما يتصل بسلوك الإنسان من الوجهتين القانونيه والدينيه منذ ولادته إلى بعد مماته . ففيه بيان الواجبات الدينيه من عباده وقربان وصوم وطهاره . كما فيه بيان القواعد القانونيه وما يؤيدها من جزاء . وهو خليط من عقوبات وضعيه وجزاءات دينيه تصيب المذنب أثناء حياته وأخرى إلهيه تصيبه بعد وفاته .

كما أن هذا القانون قسم فئات المجتمع الهندى إلى طبقات أربع: **الأولى** : طبقة الكهنه البراهمه ، **والثانيه** : طبقه المحاربين ، **الثالثه** : طبقه الزراع والتجار ، **والرابعه** : طبقه العمال . ثم بين الحقوق العامه والخاصه إستناداً إلى هذا التقسيم . إذ نجد أن الحقوق العامه قد منحت للطبقتين الأولى والثانيه فقط بينما حرمت منها الطبقه الثالثه والرابعه .

أما فيما يتعلق بالحقوق الخاصه ، نجد هناك تميزاً واضحاً بين

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٧٧ ، ٧٨ ، د / صوفى أبو طالب – المرجع السابق – ص ١٥٩ ومابعدها .

الطبقات الأربعه . ففى نظام تعدد الزوجات مثلاً نجد أن هذا القانون قد وضح للكهنه البراهمه حق التزواج بأربع نساء ، وللمحاربين بثلاث نساء ، وللزراع والتجار بإمرأتين والعمال بإمرأه واحده . أما عدا هذه الطبقات فهم فئه المنبوذين الذين يحرم لهم أو الإتصال بهم . وهى الفئه التى لازالت حتى الآن وتناضل فى سبيل مساوتها ببقية الهنود .

الباب الخامس

وسائل تطور الشرائع القديمه

مقدمه :

مما لا شك فيه أن المجتمعات في تطور دائم ومستمر . وأن القانون يرتبط بالمجتمع ، ولهذا فإنه يتطور بتطور المجتمع حتي ينسجم وإن كان هذا التطور يأتي في وقت لاحق لتطورر المجتمع وليس [illegible] له ، لأن رجال الفقه والقضاء يلاحظون تطورات المجتمع ثم بعد يقومون بتطوير القانون بما يتلائم مع التطورات الجديد ة التي لحقت المجتمع [1] .

وإذا نظرنا إلي الوسائل العامة التي سادت تطور مختلف الشرائع [illegible] أنها تتركز في وسائل ثلاث الحيل أو الإفتراضات القانونية « Fictions légales » ، والعداله ، والتشريع .

وعلي الرغم من زيوع هذه الوسائل بين الشرائع المختلفة نجد أن دور كل وسيله من هذه الوسائل يختلف من مجتمع إلي أخر وفقا لظروفه المختلفه من سياسيه أو إقتصاديه أو إجتماعية . كما يختلف ترتيب ظهور

---

(١) د/ محمد جمال عيسى – المرجع السابق – ص ٥٢ .

هذه الوسائل أيضاً من مجتمع إلي أخر وفقا لمدي قدرة هذه المجتمعات علي تدوين القواعد القانونية .

– فإختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة أدي إلي إختلاف الدور الذي يقوم به كل مصدر من مصادر القانون ، فالفقه والقضاء قد لعب دوراً كبيرا في كل من القانون الروماني والشريعة الإسلاميه ، ولعب العرف نفس هذا الدور في القانون الإنجليزي .

– كما أن فكره تدوين القانون قد أثرت بدرجة في تطور القانون ، ووسائل هذا التطور . فتدوين القواعد القانونية لدي بعض الشعوب مثل الشعب الروماني ، جعل المهمه الملقاه علي عاتق الفقه والقضاء في يتفسير القانون وتطبيقه عسيرة للغايه ، أما الشعوب التي تركت قانونها بدون تدوين وإكتفت بمعرفته في صورة تقاليد وعادات عرفيه راسخه في الأذهان أمكنها تعديل قوانينها بسهولة مثل الشعب الإنجليزي ، فتطور القانون لدي الشعب الروماني كان يصطدم بالنصوص المكتوبه ، ومن ثم كان من الضروري إبتداع وسائل تساعد علي تغير القواعد القانونيه دو الإصطدام بحرفية النصوص ، أما الشعب الإنجليزي فلم يكن بحاجة إلي ابداع مثل هذه الوسائل نظرا لعدم وجود نص مكتوب يحد من حر الفقيه أو القاضي . (١)

---

(١) ... طالب - المرجع السابق - ص ٢٨٢

- كما أن الشرائع القانونيه أو تعدد جهات القضاء في بلد واحد كان له أثر فعال في الوسائل التي إستعملت في تطور الشرائع . فالشعوب التي عرفت شرائع قانونيه متعدده مثل الرومان أو جهات مختلفه للتقاضي مثل الإنجليز إستعملت وسائل تطور متعدده ومعقده بالقياس إلي الشعوب ذات النظام القضائي الموحد والشريعه الواحده مثل المسلمين .

هذه العوامل المختلفه ترتب عليها إختلاف القوانين من حيث مصدر القواعد القانونيه ، وطرق تفسيرها ووسائل تطورها . هذا الإختلاف هو الذي يعطي لكل شريعة من الشرائع - سواء في ذلك الشرائع القديمة أو الحديثة - طابعاً خاصاً تتميز به في مواجهه الشرائع الأخري . وهو الذي يساعدنا علي معرفه مدي التماثل أو الإختلاف بين الشرائع المتعدده . ومن ثم مدي تأثرها ببعضها ومقدار إستقلالها عن بعضها [١] .

- ومن ينظر إلي العالم الحديث من الناحية القانونية سيجد أنه خاضعا بصفه عامه لثلاث شرائع كبري ما زالت حيه حتي وقتنا هذا ، هي : الشريعة اللاتينيه أو القانون الروماني ، والشريعة الأنجلوسكسونيه والشريعة الإسلاميه التي تختلف عن الشريعتين السابقتين في عهد

---

(١) د. صوفي أبو طالب المرجع السابق - ص ٢٨٤ .

التكوين بصدورها عن مصدر سماوي لا عن أصول وضعيه .

إلا أن ظهور وسائل لتطور القانون الذي سبق الإشاره إليها كانت تختلف من حيث ترتيب ظهورها في النظم القانونية الوضعية عنها في نظم الشريعة الإسلاميه . إذ كان الحيلة القانونيه هي أول وسيله لجأ إليها رجال الفقه والقضاء الوضعي لتطور القانون لأنها هي التي كانت تتفق مع عقليه المجتمعات ، التي كانت تقدس القانون وتمنع المساس به وتعديله أو الجهر بذلك . فكان الفقه والقضاء يتحايلان علي النصوص القائمه بغيه توسيع دائره تطبيقها أو الحد من مجال إستعمالها أو استحداث نظم قانونية جديدة والتحايل لإدخالها تحت حكم النصوص الموجوده . ولما إرتقي المجتمع وتهذبت أفكاره ، وابتعد عن فكره تقديس القانون وتأليهه ، بدأ الإنسان يحكم إلي روح العداله ليهتدي إلي الحكم السليم ، إستعان رجال الفقه والقضاء بالعدالة لتعديل أحكام القانون القائم صراحه وبصوره مباشره ثم إهتدي المجتميع أخيرا إلي الفكرة القائلة بأن السلطة التشريعيه تستطيع تعديل القواعد القانونيه القائمه أو إلغائها أو إستحداث قواعد جديده (١) .

---

(١) ما زالت العدالة والتشريع وسيلتان هامتان من وسائل تطور القانون حتي الآن . أما التشريع فهو مكنة للسلطة التشريعيه تستطيع بمقتضاها أن تعدل أو تلغي أي قاعدة قانونية لا تساير من وجهة نظرها ظروف المجتمع بظهور المجتمع. أما العدالة

أما في الشريعة الإسلاميه ، فإن التشريع كان الأسبق في الظهور، ثم بعد ذلك ظهرت العدالة ، ثم الحيلة القانونيه . وهذه الوسائل الثلاث تختلف عن بعضها البعض . إذ تختلف الحيلة عن العدالة في أنه تعمد إلي تعديل القواعد القانونيه بطريق غير ظاهرة ، أما العداله فإنها تعدل القواعد القانونيه بطريقة ظاهرة وصريحه

وتختلف الحيلة عن التشريع في أنها تعدل القانون خفية ، أما التشريع فإنه يعدله صراحه . كما أن الحيله تستمد قوتها الإلزاميه من ضرورات الحياه العملية أما التشريع فإنه يستمد قوته الإلزاميه من السلطة العامه .

وتختلف العدالة عن التشريع ، في أن العداله تستمد قوتها الإلزاميه من سمو مبادئها وإتفاقها مع العقل السليم أما التشريع فإنه يستمد قوته الإلزاميه من السلطه العامه التي أصدرته .

وسنتولي دراسة هذه الوسائل الثلاث في القانون

== يظهر دورها في تطور القواعد القانونيه من خلال أحكام القضاء الذي يستند في تسبيبها إلي ما تمليه العداله، حيث وإن كانت تصطدم بالنصوص القانونيه القائمه

الروماني ، والشريعة الإسلاميه ، والقوانين الحديثة ، وذلك وفقا للتقسم الآتي : –

الفصل الأول : الحيل القانونية .

الفصل الثاني : العداله .

الفصل الثالث : التشريع .

الفصل الأول

الحيل أو الأفتراضات القانونيه

يمكن تعريف الحيلة القانونية « بأنها وسيله عقلية لازمه لتطور القانون ، تقوم علي أساس إفتراضي أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه أو الإستناد إلي واقعة كاذبة حتي ينطبق حكم القانون علي حالة لا ينطبق عليها من قبل . كإفتراض الجنين شخصاً حيا قبل ولادته متي كانت له مصلحه في ذلك ليكون له مثلاً نصيب في التركه إذا مات مورثه أثناء الحمل » .(١)

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن الحيلة هي مخالفة الحقيقة . وهذه الحقيقة التي يتم مخالفتها هي عند إتجاه أول من الفقه الحقيقه الطبيعيه . وعند إتجاه ثاني من الفقه هي الحقيقه القانونيه . وعند إتجاه ثالثه من الفقه هي الحقيقة القانونية والحقيقة الطبيعية (٢) .

- والتحاليل أو الإقتراض كان وسيلة شائعه في الشرائع القديمه

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفي – المرجع السابق – ص ٨٥ ، ود./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٢٨٦ .

(٢) إنظر تفصيل هذه الآراء د./ عبد المنعم درويش – دروس في تاريخ النظم القانونية الاجتماعيه – جـ ٢ الشرائع القديمه سنة ١٩٩٤ – ص ٢٦ – ٣٨ .

إستعين بها للتغلب علي شدة النصوص وضيق نطاقها ، لأنها كانت الوسيلة الوحيدة التي تتفق مع عقلية الشعوب البدائية القديمة . إذ أنها كانت تقدس النصوص وتمنع المساس بها لإن غالبية قوانين هذه الشعوب قد نشأت في أحضان الديانه مما أضفى عليها نوعان من القدسية . وترتب علي ذلك صعوبة تعديل تلك القواعد رغم التطورات الإجتماعيه والإقتصاديه التي كانت تقتضي تعديل تلك القواعد رغم التطورات الإجتماعية والإقتصاديه التي كانت تقتضي تعديل النصوص القانونية سواء بإلغائها أو تعديلها أو بإستحداث قواعد جديدة . لذلك إضطر القائمون علي أمر القانون إلي التحايل علي القواعد القانونية سواء بتطبيقها علي حالات لم توضع لها أصلا أم بإهمالها وعدم تطبيقها نظرا لعدم صلاحيتها وذلك دون المجاهده بتعديلها أو بإلغائها .

- بالإضافة إلي ذلك فإن تطور المجتمع كان يحدث ببطئ وبطريقة غير ملموسة ، فالعلاقات الإجتماعية كانت تتغير ببطئ ، وهذا ما كان يستتبع التحايل البطئ وغير الملموس علي القواعد الموجودة ، وكان لابد من مرور زمن طويل حتي تتبلور العلاقات الإجتماعية الجديدة وتتضح معالم التعديلات القانونيه الجديده التي كانت تحدث بطريق التحايل، وحينما تتضح معالم القواعد الجديدة ويتبين تعارضها مع القواعد القديمة يكون المجتمع قد تعود علي صورر التحايل التي أوجدتها ضرورات الحياة . وهذا ما كان يدفع المشرع في الكثير من الأحيان إلي

تبنى تلك القواعد التي أوجدتها الحيلة (١) .

★ ***الفرق بين الحيلة والتحليل القانوني :***

يقصد بالتحليل القانوني ، تحليل القواعد القانونيه المختلفه بقصد معرفة الغرض الذي وضعت من أجلة ثم جمع شتات القواعد القانونيه التي تهدف إلي تحقيق غرض واحد ، وفصل القواعد ذات الأغراض المتباينة عن بعضها .

وهذا التحليل يؤدي إلي تحديد معاني الأفكار والمبادئ القانونيه المختلفه ، ومن ثم بيان مجال تطبيق كل منها . وهذا ما أدي إلي ظهور نظريات قانونية عديدة مثل نظرية التصرف القانوني ، وأدي إلي ظهور النظم القانونيه المتعددة مثل نظام الملكيه .

وقيام النظريات والنظم القانونية المتعدده ، يسر من إدراك المعاني المختلفه للقواعد القانونيه المتعدده ، ومن ثم أمكن تطبيقها بسهوله علي العلاقات الإجتماعية الجديدة .

وإذا نظرنا إلي التحليل القانوني نجد أنه قد إعتمد علي وسيلتين عقليتين رئيسيتين هما : صياغة القواعد القانونيه في صوره عامه ومجردة حتي يسهل إدراكها وفهمها ، ومن ثم تطبيقها علي الحالات

---

(١) إنظر د./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٢٩٢ .

الفردية بسهوله ، بدون أن يكون هناك مجال واسع للتنازع بشأن تفسيرها . وهذان الوسيلتان العقليتان ، قد تبعد بالقانون أثناء تفسيره عن الحقيقة الواقعة ، وهذا ما قد يؤدي إلي القول بأن التحليل القانوني لا يختلف عن الحيله لأنهما يقومان علي أساس أفتراض يخالف الواقع . لكن هذا القول يجانبه الصواب لأن الحيله تقوم علي أساس تجاهل قاعدة من القواعد القانونية أو الواقع الملموس ، بينما التحليل القانوني لايتجاهل القاعدة القانونيه وإنما يتجاهل الواقع الملموس في بعض الأحيان .

فالصياغة الفنية للقواعد القانونيه في صورة عامه ومجردة قد تبعدها عن الحقيقة في بعض الأحيان ، أما الحيلة فتقوم علي أساس أنها دائما مخالفة للحقيقة (١) .

ونضرب لبعض الأمثله التي توضح الفرق بين الحيلة والتحليل القانوني ففكرة المال في لغة القانون فكره مجرده ظهرت نتيجة لتصور أن كل ما هو موجود – عدا الإنسان – يعتبر شيئا ، فإن كان الشي نافعاً للإنسان ويصح أن يستأثر به دون غيره من الناس ، يعنى يتملكه عدا ذلك مالا . فالأرض شيء ومال ني [illegible] الوقت لأن الإنسان [illegible]

---

(١) د./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٢٨٧ وما بعدها

أن يستأثر بها والشمس شيء ولكنها ليست مالا رغم أنها نافعه للإنسان لأنه لا يستطيع أن يسأثر بها دون غيره من الناس .

وفكرة الحق أيضا فكرة مجرده ، فمن الملكيه مثلا لا وجود له من حيث الواقع الملموس إذ ليس لدينا سوي أشخاص مالكين وأشخاص غير مالكين ، ففكرة المال وفكرة الحق هي عبارة عن نظم قانونيه قامت إستناداً إلي التحليل القانوني الذي يعتمد علي النصوص القانونية وإن يبتعد أحيانا عن الحقيقة الواقعة ويطابق للواقع الملموس في بعض الأحيان الأخرى . أما الحيلة فهي دائماً مخالفة للواقع مثل إفتراض أن الجنين قد ولد -حال حياة المورث - حيت يحصل علي نصيب من التركة.

- وإذا نظرنا إلي الحيلة سنجد أنها قد لعبت دوراً خطيراً في تاريخ التطور القانوني عند أكثر الأمم المتقدمه وأحدثت في شرآئعها ونظمها أثراً واسع المدي . وقد إتخذت إلي ذلك سبلاً مختلفة وصوراً متعددة ، فأحيانا تستخدم كأداة قضائية يتمسك بها القاضي لمد سلطان إختصاصه أو لتصبح الدعوي الباطله المرفوعه أمامه . وهي أحياناً تصرف صوري يستند إليه الطرفان لإنشاء عقود جديده أو نتائج جديده لم يتوقعها القانون . وهي أحياناً تصوير خيالي لوضع من الأوضاع الإجتماعية أو القانونية يترتب عليه قواعد وروابط جديده لا قيام لها بغير هذا التصوير . وهي أخيراً وسيله إعتباريه لتبرير بعض المباديء والنظم

السائدة في بعض الشرائع .[1]

ولتبيان دون الحيلة في تطوير الشرائع القانونيه المختلفه ، سنتناول هذا الدورر في القانون الروماني ، والشريعة الإسلامية والقوانين الحديث وذلك علي النحو التالي : -

المبحث الأول : دور الحيلة في تطور القانون الروماني

المبحث الثاني : دور الحيلة في تطور الشريعة الإسلاميه

المبحث الثالث : دورر الحيلة في تطور القوانين الحديثة

---

(١) الأستاذ / علي بدوي - المرجع السابق - ص ٥٥ .

المبحث الأول

دور الحيلة في تطور القانون الروماني

أن القانون بوصفه مخلوقا يتلون بلون البيئة وظروفها الإجتماعية والإقتصاديه والسياسيه ، لا يتصور أن يصيب في قواعد جامدة لايمسها التغيير والتعديل . والقانون الروماني لا يخرج عن هذه القاعده . فهو في عصوره الأولي كان يتصف بالشكليه الصارمه والطقوس المعقده التي لم تعد مع التطور تلبي حاجيات الناس ومن هنا قفزت إلي الأذهان فكرة التعديل حتي تتوائم تلك النصوص مع الظروف الجديده والحاجيات المتغيرة .

بيد أن تطور القواعد المكتوبة لم يكن سهلاً ميسراً معبد الطريق ، إذ كان غالباً ما يصطدم في حائط النصوص المكتوبه فكانت من ثم مهمة تفسير القانون وتطبيقه علي أثر تغير الظروف مغلقة بالصعاب ، وكان لابد من إبتكار وسائل جديدة تلبي حاجة التطور عن طريق التغيير من القاعدة القانونية دون مساس بحرية النصوص ، لذلك إستعان الشعب الروماني بمجموعة من الوسائل العامة في سبيل تعديلها لهذه النظم القانونيه المدونة . من هذه الوسائل الحيلة التي أستخدمت في عدة صور أهمها إستخدامها كوسيلة لخلق نظم قانونيه ، وكوسيله لتبرير بعض

النظم القانونيه ، وكوسيلة للتخفيف من آثار بعض النظم القانونيه ، ونفصل ذلك علي النحو التالي : -

أولا : الحيلة كوسيلة لخلق نظم قانونية جديدة :

إستطاع الرومان من خلال إستخدام الحيلة ، خلق نظم قانونية جديدة تواكب التطور الإقتصادي والإجتماعي الذي حدث في المجتمع الروماني ، ومن أهم تطيقات ذلك ما يلي : -

١- الملكية البروتوريه (حماية واضع اليد بمجرد التسليم) :

حيث كان الرومان يقسمون الأموال إلي نفسية وغير نفسية . وكان يكفي التسليم في إنتقال الأموال غير النفسية بينما لا يكفي ذلك في الأموال النفسية حيث كان يتطلب القانون لنقلها إجراءات معقدة كا البيع والإشهاد ، وعندما تطور المجتمع الروماني أصبحت هذه الإجراءات غير صالحه لإنتقال ملكيه الأموال النفسية ومن ثم كان يكتفي بتسليمها للمتصرف إليها ، كما هو الحال في الأموال غير النفسية ، ولكنه لايصير مالكا لها من الناحية القانونية لعدم إتباعه للإجراءات القانونية المقرره في القانون ، وبالتالي لو فقد وضع يده عليها ما كان له الحق في إستردادها إلا إذا كان حائزاً لها لمدة سنة إن كان منقولاً ومدة سنتين إن كان عقاراً

ولكن البريتور تحايل علي هذا الوضع لحماية مستلم هذه الأموال بحسن نيه إذا لم يكن قد تملكها بالتقدم ، بأن إفترض أن مدة التقادم قد إنقضت حكماً ولو لم تنقض بالفعل ، وجعل لمستلم هذه الأموال الحق في رفع دعوي استرداد إذا ما نزعت من تحت يده حتي ولو لم يتبع الإجراءات القانونية المقررة في تقبل هذا المال إليه بإعتباره مالكاً له ملكيه بريتورية . (١)

وقد استخدم البريتور الروماني هذه الحيلة رغبه منه في التوفيق بين الأوضاع الإجتماعيه والإقتصاديه الجديدة المترتبة علي إنتقال المجتمع الروماني من حالة كونه مجتمعاً زراعياً إلي حالة كونه مجتمعا مجتمعا تجاريا يحتاج إلي سرعة التبادل ، وبين النصوص القانونية الجامده.

٢- النيابه في التعاقد :

ويقصد بها : حلول إرادة شخص يسمي النائب محل إرادة شخص آخر يسمي الأصيل في تكوين عمل قانوني ، مع إنصراف الآثار القانونية لهذا التصرف إلي ذمه الأصيل ، كما لو كانت إرادة هذا الأخير

---

(١) د / محمود عبد الرحيم الديب « الحيل في القانون المدنى – دراسه مقارنه بالفقه الإسلامي » – رساله دكتوراه – جامعة عين شمس سنة ١٩٩٢ – ص

هي التي ساهمت في تكونيه [١] .

– وهذه النيابه في التعاقد لم يكن يعرفها القانون الروماني ، حيث كان المبدأ السائد فيه هو أن آثار التصرف القانوني لا تنصرف إلا إلي طرفيه . وكان هذا المبدأ يتلائم مع حالة المجتمع في بدايه الأمر ، حيث كانت المعاملات نادرة . ولكن حينما تحول المجتمع الروماني إلي مجتمع تجاري وتغيرات ظروفه الإقتصاديه أصبح من المتعذر علي الشخص في الكثير من الحالات أن يقوم بإجراء التصرف القانوني بنفسه ، مما كان يضطره إلي إنابة شخص آخر عنه ليقوم مقامه في إجراء التصرف القانوني ولكن تطبيقاً للقاعدة العامه كانت آثار التصرف القانوني تنصرف إلي ذمة النائب دون الأصيل . ومن أجل تفادي ذلك لأنه يسبب عرقلة المعاملات إستعمل الرومان قاعدة قديمة لديهم تقضي بأن الشخص الخاضع لسلطة غيره يعتبر آداة في يد صاحب السلطه عليه فيستطيع إكتساب الحقوق عن طريق دون أن يتحمل أي إلتزامات .

وبذلك كان رب الأسرة يستطيع أن يكتسب الحقوق عن طريق إبنه أو رفيقه بدون أن يتحمل أي التزامات ، ولكن هذا الوضع كان يجعل الأشخاص يحجمون التعامل مع الأشخاص الذين يخضعون لسلطة

---

(١) د./ محمود جمال الدين زكي – الوجيز في النظريه العامه للإلتزامات في القانون المصري – مطبعة جامعه القاهره – الطبعة الثالثه – سنة ١٩٧٨ – ص ١٠١

غيرهم لأن غالبيه التصرفات يترتب عليها التحمل الإلتزامات وإكتساب الحقوق ، ولكن التعامل مع هؤلاء الخاضعين لسلطة غيرهم يترتب عليه التحمل بالإلتزامات دون إكتساب الحقوق . إذ يلتزم المتعاملون معهم بآداء ما عليهم من التزامات تجاه صاحب السلطه عليهم ولا يستطيعون المطالبة بحقوقهم منهم لأنهك لا يتمتعون بالشخصيه القانونية ولا يستطيعون مطالبه صاحب السلطه عليهم لأنه ليس طرفاً في العقد معهم ، ولتفادي هذا الوضع والتوفيق بين النصوص القانونية والأوضاع الإقتصاديه والإجتماعية تدخل البريتور وجعل آثار التصرف الذي عقده التابع تنتقل مباشرة إلي ذمة رب الأسره متي أظهر إرادته صراحة أو ضمناً فى تحمل نتائج التصرفات التي قام بها تابعوه . وأسس ذلك علي إفتراض مؤداه العبد أو الإبن يتمتع بالحريه . وبذلك تحرر عريضه الدعوي بإسمه ثم يطلب من القاضي أن يصدر الحكم ضد رب الأسره بإفتراض أنه هو الذي أجري التصرف بنفسه ، وفيما بعد طبق نفس الوضع علي النائب الأجنبي عن رب الأسره . وبذلك إستطاع البريتور عن طريق الحيله إنشاء مبدأ النيابه في التعاقد وإن كانت نيابه ناقصه لأن للغير فيها حق الرجوع علي النائب أو الأصيل . (١)

---

١ د./ محمد جمال عيسى – المرجع السابق – ص ٥٩ وما بعدها .

٣- إنتقال الإلتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) :

كان المبدأ السائد في القانون الروماني هو أن الإلتزام الناشيء بين شخصين يجب أن يظل قائماً بينهما بذاتهما حتي إنقضائه . ومن ثم لا يصح إنتقال الإلتزام لاسلبا ولا إيجاباً . ولكن تحت ضغط الضروارات العملية أباحوا إنتقال الإلتزام سلبا أو إيجابا بسبب الوفاه ، ولكنهم لم يبيحوه بين الأحياء .

ولكن عدم إباحته بين الأحياء إصطدم بالعديد من العقبات التي أوجدها التطور الإقتصادي مما دفع الرومانيين إلي إستعمال القواعد الموجودة لديهم وجمعها مع بعضها والتحايل عليها بإستعمالها في غير الغرض الذي وجدت من أجله بقصد إنشاء نظامي حوالة الحق وحوالة الدين (١) .

وفي سبيل إقرار حوالة الحق لجأ الرومان إلي عدة حيل منها .

أ- تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن :

وهذه الحيلة تستند إلي عقد الإشتراط الشفوي الذي كان بمثابه قالب عام يمكن عن طريقه إنشاء سائر أنواع الإلتزامات . وتتم بأن

[illegible] أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٠١ .

يشترط الدائن الجديد علي المدين أن يفي له بالدين بدلاً من الدائن القديم الذي وافق علي ذلك وبهذه الحلية عرف القانون الروماني فكرة حوالة الحق كوسيلة لإنتقال الحق .

ب - الوكاله في قبض الدين المصحوبه بهبته .

عندما ظهرت عيوب فكرة تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن ، لجأ الرومان منذ القرن الثاني قبل الميلاد إلي إستخدام فكرة أخري للحيلة هي الوكالة في قبض الدين المصحوب بهبته والتي تقوم علي أن الدائن القديم (المحيل) يوكل الدائن الجديد (المحال إليه) في قبض الدين ويهبه إلية في نفس الوقت . ومما يعيب هذه الحيله أنها لم تكن تتضمن حماية قانونية للدائن الجديد ، إذ كان يستطيع المدين الوفاء مباشرة إلي الدائن القديم ، كما كان يستطيع الدائن القديم المطالبه بالوفاء له هو دون الدائن الجديد .

جـ - تحويل الدائن حقه قبل المدين لشخص آخر هو الدائن الجديد :

وهذه الحيله توصل إليها الفقهاء الرومان في أواخر العصر الغلمي لتفادي عيوب الحيله السابقة . وتتم هذه الحيلة بأن يحول الدائن حقه قبل المدين إلي شخص آخر هو المحال إليه (الدائن الجديد) بمقتضي إتفاق عادي بينهما دون إتباع أي إجراء شكلي وبدون موافقه المدين علي

الحواله والإكتفاء بإبلاغه بتحويل الحق . وتم حماية الدائن الجديد في مواجهه المدين بدعوي ضده ، كما تم حمايته في مواجهة الدائن القديم بتقرير حقه في الدفع بالغش ضده إذا أراد إستعمال دعواه التي قررها له القانون للحصول علي الحق من المدين . وبذلك توصل الرومان إلي خلق نظام حوالة الحق بإستعمالهم عدة نظم قانونية في غير الغرض الذي أنشأت من أجله .

٤- التوسع في إستعمال الإشهاد :-

كان الإشهاد في بداية الأمر وسيلة لتملك مال نفيس مملوك للغير مقابل دفع الثمن ، أي كان بيعاً حقيقاً . ولكن تحول الإشهاد إلي بيع صوري ، وأصبح يقوم بوظيفه نقل ملكيه الأموال النفسية أيا كان سبب إنتقالها . وبذلك تحول الإشهاد إلي عمل مجرد عن سببه ، ومن ثم إستخدم في أغراض عديده غير الأغراض التي أنشأ من أجلها ، فإستعمله الرومان في نقل ملكيه المال بدون مقابل كالهبه والوصيه والرهن الحيازي ... الخ

ولم يقتصر الأمر علي ذلك ، بل تعداه ، عن طريق تغيير عبارات الإشهاد ، إلي مجال السلطة التي يعترف بها القانون لشخص علي آخر إلي شخص ثالث . لذلك إستخدم لتحقيق الزواج بالسياده وإستخدام في

التبني وفي تحرير الإبن من السلطه الأبويه (١) .

٥- التوسع في ادعوي الصوريه :

ويقصد بالدعوي الصورية إجراء الغرض منه تصوير من الأمور - بإتفاق الطرفين - في صورة نزاع - خلافاً للواقع - وطرحه أمام البريتور ليحكم لصالح أحدهم ، وهذا التحايل يقع تحت سمع وبصر السلطة القضائية التي لا تملك سوي الإذعان له وعدم مناقشته . وقد أستخدمت الدعوي الصورية لنقل الملكية ولتحقيق التنبي وعتق الرقيق (٢) .

ثانيا : الحيلة وسليه لتخفيف آثار بعض النظم القانونية :

ترتب علي تغير الظروف الإقتصاديه والإجتماعيه في المجتمع

---

(١) د./ صوفي أبو طالب - المرجع السابق - ص ٣٠٣ .

(٢) الدعوي الصوريه ترفع من جانب الرقيق علي سيدة أو من جانب المشتري علي بائعه أمام الحاكم القضائي - وهو الذي يفصل في القضايا من الوجهة القانونيه قبل أن يحيلها علي محكم للفصل في الوقائع والذي تعتبر القضيه أمامه في دورها القانوني قبل أن تطرح أمام المحكمة في دورها الثاني فيسلم السيد بحرية الرقيق أو البائع بملكية المدعي فيصادق الحاكم علي هذا التسلم : أنظر : علي بدوي - المرجع السابق - ص ٥٦ .

الروماني عدم ملائمة آثار بعض النظم القانونية للواقع الإقتصادي والإجتماعي الجديد . لذلك لجأ الرومان إلي الحيلة القانونية لتخفيف حده آثار تلك النظم القانونية أو تعديلها ، ومن أبرز الصور في هذا الصدد مايلي : -

أ - تطبيق القانون الروماني علي الأجانب :

أن الرومان كانوا ينظرون إلي قانونهم علي أنه وضع لحماية الرومانيين فقط . فالقانون الروماني كان خاص بالرومانين فقط ، ومن ثم لا يطبق علي الأجانب . والقانون الأجنبي لا قيمه له إلا في حالات إستثنائيه ومن ثم كان الأجانب لا يتمتعون بأيه حماية قانونية في روما . فهم لا يستطيعون الإستفادة من القانون الروماني أو من قانونهم الوطني.

فلما أصبح للأجانب في الأمبراطوريه الرومانيه أهميه سياسيه وإقتصاديه تحايل الرومان لتطبيق القانون الروماني علي الأجانب ، وكانت حيلتهم في ذلك هي إفتراض أن الأجنبى من الرومان طالما كان في روما ، وبالتالي يخضع القانون الروماني كما يخضع له الرومان ، كما يحميه القانون الروماني كما يحمي الرومان (١) .

Paul . Frederic girard Manwel élamuitaire de droit Roman (L. G. D . J.) , Paris , 1901 . p. 11 6 et s .

(٢) الموت المدني :

كانت القاعدة العامة في القانون الروماني أن الشخص لا يكتسب الشخصيه القانونية إلا إذا توافرت فيه عناصر ثلاثة هي :

(أ) أن يكون حراً (ب) أن يكون رومانيا (جـ) أن يكون مستقلا بحقوقه .

فإذا فقد عنصرا من هذه العناصر الثلاثة فقد تبعا لذلك شخصية القانونية كلها أو بعضها ، وهذل ما يعبر عنه بالموت المدني ، فمثلا لو حدث أن شخصا خضع لسلطة غيره عن طريق التبني أو أن إمرأة مستقله خضعت لسلطة زوجها عن طريق الزواج بالسياده . ففي كلا الحالتين يفقد الشخص شخصيته القانونية ، ويترتب علي ذلك إنتقال حقوق المتبنى أو حقوق الزوجه إلي المتبني أو إلي الزوج . ولكن الإلتزامات التعاقدية التي أبرمها المتبني أو الزوجه لا تنتقل إليها تطبيقا للقاعده العامه التي تقضي بأن الخاضعين لسلطه غيرهم يفيدون صاحب السلطه عليهم دون أن يضروه ، وفي نفس الوقت لا يستطيع الدائن مطالبه المتبني أو الزوجة بما كان عليهما من إلتزامات تعاقديه نشأت قبل التبني أو قبل الزواج بالسياده لأنهما أصبحا لا يتمتعان بالشخصية القانونية . وهذا ما كان يضر بالدائن حيث يصعب عليه الوصول إلي

حقه نتيجه لتطبيق أحكام الموت المدني . ولذلك تحايل الرومانيين على قاعدة الموت المدني بإفتراض أن من مات موتاً مدنياً مازال متمتعاً بالشخصيه القانونية خلافاً للواقع ، بالنسبه لما كان عليه من ديون . أى إعتبار الموت المدني كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز للدائن التنفيذ علي أموال ذلك الشخص الذي فقد شخصيه القانونية بسبب التبني أو الزواج بالسياده ، وبذلك أمكن التخلص - عن طريق الحيلة - من الآثار الظالمه التي كانت تترتب علي الموت المدني (١) .

ثالثا : الحيلة وسيلة لتبرير بعض النظم القانونية :

استعان الرومان أيضا بالحية لتبرير بعض النظم القانونية ، وذلك تحت ضغط الظروف الإجتماعيه والإقتصاديه ومن هذه النظم ما يلي:

(١) الشخصية القانونية للجنين :

القاعدة العامه أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حياً وتنتهي بوفاته . ووفقا لهذه القاعدة فإن الجنين لا يتمتع بالشخصيه القانونية ، ومن ثم فإنه لا يتمتع بحق الميراث إذا مات مورثه قبل ولادته لأنه لم يتمتع بالشخصية القانونية وقت وفاه المورث . وإزاء هذا الوضع الظالم إستخدم الرومان الحيلة لتوريث الجنين ، بإفتراض أن الجنين ولد

---

(١) جيرار - المرجع السابق - ص ١٠٤ وما بعدها

حيا قبل وفاة مورثه ، وبذلك يتمتع بالشخصيه القانونيه ويكون له الحق في الحصول علي نصيبه في تركة مورثه (١) .

(٢) الإرث البريتوري (توريث الإبن غير الخاضع لسلطه أبيه) .

كان القانون الروماني القديم لا يقضي بالميراث للإبن أو الزوجه إلا إذا كان الإبن خاضعاً لسلطة أبيه والزوجه خاضعة لسلطه زوجها عند وفاته . ومعني ذلك أن الإبن المحرر من سلطه أبيه لا نصيب له في التركه، وأن الزوحه التي تزوجت بغير سياده لا ترث هي الأخري في تركة زوجها المتوفي . وأمام هذا الوضع لجأ البريتور الروماني إلي إستخدام الحيله لتوريث الإبن غير الخاضع لسلطه أبيه وذلك بإفتراض خضوع الإبن لسلطه أبيه عند وفاة هذا الأب ، وبالتالي يرثه فيما خلفه من أموال . وكذلك إفتراض خضوع الزوجه لسياده زوجها عند وفاته لترثه فيما خلفه من أموال وكان يستخدم البريتور لتحقيق ذلك الإجراء الخاص والمعروف بالتمكين من الحيازة (٢) .

---

(١) د / محمود عبد الرحيم – المرجع السابق – ص ٢٩ – د./ محمد جمال عيسي – المرجع السابق ، ص ٦٦ .

(٢) د./ عمر ممدوح مصطفي – المرجع السابق – ص ٨٨ ود./ محمود عبد الرحيم الديب – المرجع السابق – ص ٢٩ .

(٣) التركة الشاغره :

كان الوارث بالخيار بين مقبول التركه أو رفضها ، وكان يترتب علي ذلك أن التركة لا يكون لها مالكا أي شاغره في الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها . وهذا ما كان يؤدي في الواقع العملي إلي صعوبات عديدة وتفاديا لها تم الإستعانه بالحيله بأن إفترض أن الوارث الذي قبل التركه قد مصلها منذ تاريخ وفاة المورث ، أي أن المورث قد ظل علي قيد الحياه حتي قبول الوارث للتركه .

(٤) التبنى :

كان الرومان يلجأون إلي نظام التبنى في حالة قصور نظام الزواج عن تحقيق الغرض الرئيسي منه ، وهو القياس ويقصد بالتبني خلق نوع من السلطة الأبويه والعائليه خلقا صناعيا . ويترتب عليه نفس الآثار التي تترتب علي الولادة الناشئة من الزواج ، أي يكون لكل من المتبني والمتبني نفس حقوق والتزامات الأب والإبن . وقام هذا النظام علي حيله مؤداها أن المتبني قد ولد من المتبني ، أي أنه إفترض الصله الدمويه بينهما علي خلاف الحقيقة (١) .

---

(١) د / صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٠٥ وما بعدها . د./ محمد [illegible]
[illegible] السابق – ص ٦٧ .

المبحث الثاني

دور الحيلة في تطور الشريعة الاسلامية

لم يكن للحيلة وجود في عصر الرسول عليه الصلاه والسلام ، وهذا أمر مؤكد ، بسبب التشريع الاسلامي في تلك الفتره ، حيث كان مصدره الأساسي هو الوحي الإلهي ، وكان هذا الوحي ينزل بالأحكام الشرعيه وفقا لمقتضيات الظروف المختلفة التي يمر بها المجتمع الإسلامي .

وظلت الحليه بعيدة كل البعد عن الفقه الاسلامي حتي العصر العباسي ، حيث بدأ اللجوء إليها خلال هذا العصر بعد أن تكونت المذاهب الفقهيه . حيث بدأ يظهر إستخدامها عند أصحاب مدرسة الرأى كوسيله للتوفيق بين المثل الأعلي والحقيقية الواقعة ، وكوسيلة لحماية الحق والتيسير في الأحكام ، وكطريقة للتخلص من بعض الأحكام الشرعيه من خلال إستخدام إجراءات أو تصرفات صوريه يترتب عليها إسقاط الحق أو الواجب (١) .

---

(١) د./ أحمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامي ، الطبقه الثانيه – سنه ١٩٦٣– ص ٢٤٦

وجدير بالذكر أن نؤكد في هذا المقام أن الحيلة لم تستخدم في الفقه الإسلامي بنفس الدرجة التي تستخدم بها في النظم القانونية الوضعيه القديمة والحديثة . إذ أن استخدامها بدرجة أقل بسبب طبيعه التشريع الإسلامي الذي يتكون من عدد قليل من الأحكام الشرعية التفصيليه الجزئية التي ورد النص عليها في القرآن الكريم والسنه النبوية . وغالبية الأحكام الشرعيه الأخري التي ورد النص عليها في القرآن والسنه هي عباره عن قواعد عامه ومبادئ كليه مما سمح للفقهاء والقضاه في كل عصر أن ينظموها بما يتلائم مع الظروف المختلفة للمجتمع الاسلامي .

- تعريف الحيلة :

في اللغة : الحيله مشتقه من التحول ، فهو من حال ، يحول ، حولا ، فالحول : الحيله . والحيلة بكسر الحاء إسم من الإحتيال وهو من الواو وكذلك الحيل أو الحول يقال : لا حيله ولا قوه إلا بالله لغه في لا حوال ولا قوه .

في اصطلاح الفقهاء : -

لقد إختلف تعريف الفقهاء للحيلة تبعا لإختلاف الزاوية التي

ينظرون منها إليها ، فمنهم من نظر إليها علي أنها تؤدي إلي أغراض مشروعه لا تنافي للدين غرضا ، ولا تأبي للشريعه مقصداً ولا يراد بها إبطال حق أو إحقاق باطل . وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج والخروج من المشاكل والأزمات إلي بحبوحه التسامح والرفعه والرحمة ، فإذا ما قصد بها غير ذلك من أغراض خبيثه ومقاصد سيئة كانت الحرمة حكمها ، والعمل علي إبطالها واجب ديني . وهذا هو إتجاه الحنفيه والشافعيه .

بيد أن غالبيه الفقهاء نظروا إلي الحيله : إعتبارها وسيله تعمل علي هدم قواعد الشريعه ، وخرق أحكامها . فهي ذلك الوجه المذموم الذي يتخذه المحتال أساسا للفرار من الأحكام الشرعية ومناهضه تعاليم الدين [١] . ومن أشد خصوم الحيلة من هذا الفريق هم المالكيه والحنابله حيث ينكروها وينعون علي الأخذ بها . ويمكن التعرف علي هذه الحقائق من خلال تعريفات فقهاء المذاهب الأربعه للحيلة وذلك علي النحو التالي : –

تعريف الحنفية للحيلة :

أن غالبيه الفقه الحنفي ينظر إلي الحيل علي أنها السبيل الذي

(١) أنظر د./ محمود عبد الرحيم الديب – المرجع السابق – ص ٩٨ وما بعدها .

يخلص المرء من الشدائد والطريق الذي يصل به إلي شاطئ الأمان النفسي كلما ضاقت به السبل ، وتنكرت له أسبابَ الحياه ما دام لايقدم ذلك في أصل من الدينِ الحنيف ، فإن ترتبَ علي ذلك إسقاط حق أو تحليل حرام أو جلب مفسده ، أو الفرار من حكم شرعي فإن ذلك يعني صراحه القول بالحيل في ثوبها المذموم . ومن هؤلاء الفقهاء إبن نجيم الحنفي الذي يعرف الحيله بأنها « الحذقة في تدبير الأمور ، وهو تقليب الفكر – حتي يهتدي إلي المقصود » (١) . وشمس الدين السرخسى الذي يعرفها في كتابه المبسوط « بأنها جنس يندرج تحته أنواع ، وكأن الحيله من نظره تشتمل علي الأحكام التكليفيه الخمسه. فقد ذكر أن فى تأمل أحكام الشرع وجد المعاملات كلها بهذه الصفه، فإن من أحب إمرأة إذا سأل فقال : ما الحيله لي حتي أصل إليها ؟ يقال له : تزوجها ، وإذا هوي جاريه فقال : ما الحيله لي حتي أصل إليها ؟ يقال له : إشترها ، وإذا كره صحبه إمرأته فقال : ما الحيله لي في التخلص منها ؟ قيل له : طلقها ، وبعد ما طلقها إذا ندم وسأل الحيله في ذلك ؟ قيل له : راجعها ، وبعدما طلقها ثلاثاً ، وإذا تابت من سوء خلقها وطلب حيله قيل لهما : الحيله في ذلك أن تتزوج بزوج

---

(١) الأشباه والنظائر ، إبن نجيم الحنفى ، ص ٤٠٦ .

آخر ويدخل بها » (١) . فهو يقصد من الحيله الوصول إلي الحلول الشرعيه ولو كان ذلك بنوع من الذكاء ، ولذلك فقد ذكر أن من يكره الحيل في الأحكام فإنما يكره في الحقيقه أحكام الشرع (٢) .

أما التعريف الذي يعد واجهه مشرقه لهذا المذهب الحنفي ، والمعبر بحق عن حقيقه هذا المذهب هو تعريف الإمام الحموي في شرحه لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم حيث ذكر « أن الحيل ، وهي الحذق وجوده النظر والمراد بها هنا - رأي في المذهب - ما يكون مخلصا شرعيا لمن أبتلي بحادثه دينيه ، ولكون المخلص من ذلك لا يدرك إلا بالحذق وجودة النظر ، أطلق عليه لفظ الحيله » (٣) .

- تعريف المالكية للحيلة :

يعتبر المالكيه والحنابله من أشد المعارضين للحيل والقول بها . فهي في نظرهم ما هي إلا وسيله مذمومه يقصد بها خرق قواعد الشريعه في الواقع وحقيقه الأمر . ولذلك جاء تعريف المالكيه للحيلة معبرا عن وجهة النظر هذه ، حيث نجد الإمام الشاطبي - وهو من

---

(١) المبسوط شمس الدين السرخسي . جـ٣٠ - كتاب الحيل ، ص ٢١٠ ومابعدها .

(٢) المبسوط - شمس الدين السرخسي - جـ ٣٠ - كتاب الحيل ، ص ٢١١ .

(٣) غمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر ، للحموى - جـ١ - ص ٣٨ .

كبار أئمه هذا المذهب - ينفى علي القائلين بالحيل ويشدد من [illegible] عليهم بإعتبار الحيل لون فقهي مذموم ، يلجأ إليه للإفلات من أحكام الشريعه وخرق قواعدها في صوره عمل يوافق ظاهره أحكام الشرع ولا يناقضه . ولذلك يعرف الحيله بأنها « تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلي حكم آخر أو إلي إسقاط الحكم الشرعي ، وأن مآل العمل فيها خرق قواعد الشريعه في الواقع » [١] .

- وإذا كان المذهب المالكي يحارب الحيله ويضيق منها بقصدها علي النوع المذموم ، فإنه ليس معني ذلك إنهم لا يقرون الحيله ولا يعترفون بها مطلقا . فما من مذهب من مذاهب الأئمه المتبوعين إلا وقد تضمن كثيرا من مسائل الحيل ، وحتي الإمام الشاطبي لم ينكرها مطلقا حيث أنه قد قسم الحيل إلي ثلاثة أنواع باطله ، وجائزه، ومشتبه فيها [٢] .

---

(١) الموافقات لإبراهيم بن موسي بن محمد الشهير بالشاطبي - حـ ٢ ، ص٢٦٤ - دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع - سنه ١٣٤١ هـ .

(٢) الموافقات - الشاطبي - المرجع السابق - حـ ٢ - ص٢٧٠ .

- تعريف الشافعيه للحيلة :

يمكن إستخلاص تعريف الشافعيه للحيل إذا إستعرضنا ما جاء بكتاب الحيل لأبي حاتم القزويني حيث قد تكلم عن الحيل وأقسامها وذكر أنها ثلاثة أضرب : محظور ومكروه ومباح . ثم ذكر أمثله لكل ضرب منها ثم شرح أحكامها ، حيث ذكر أن المحظور منها لا ينبغي للفقيه أن ينبه العامه عليه ، ومن حقه أن يعرفه للفقهاء وذلك لتعلقه بالفقه ، وحاجته إلي جوابها إذا وقعت . وأما المكروه منها فإنه يكره للفقيه تنبيه غيره به ، وأما المباح فإنه يلزم الفقيه تعريفه عند السؤال ويجب الإطلاع عليه [١] .

- تعريف الحنابله للحيلة :-

سلك الحنابله مسلك المالكيه في هذا الشأن فجاء تعريفهم للحيلة قريبا من تعريف الشاطبي لها . إذا نجد أن ابن قدامه وهو أحد المتحدثين عن المذهب الحنبلي قد عرف الحيله « بأنها تظهر عقدا مباحاً يريد بها محرما – مخادعه وتوسلا – إلي فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو اسقاط واجب ، أو دفع حق » [٢] . ومن ثم

---

(١) د./ نجاشي علي ابراهيم – « الحيل في الفقه الإسلامي – دكتوراه – كليه الشريعه والقانون – جامعة الأزهر – سنة ١٩٧٣ م ص ٨٤ .

(٢) المغني – لابن قدامه ، حـ٤ – ص ٦٢ (مكتبه اللكيان الأزهريه)

فهو نفس المعني الذي ذكره الشاطبي وكشف به النقاب عن طبيعه عمل المحتال .

أما تعريف إبن تيميه للحيلة فإنه يتقارب في اللفظ والمعني مع تعريف الشاطبي وابن قدامه حيث يقول « الحيله أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام – بفعل – لم يقصد به ، ما جعل ذلك الفصل له » (١) . وواضح من هذا التعريف أن إبن تيميه قد ركز في تعريفه للحيلة علي ذلك الوجه المذموم الذي إشتهر به أرباب الحيل ، فكل ما أدي إلي سقوط الواجب أو حل الحرام أو إحقاق باطل أو إبطال حق ، أو نصرة ظالم فإنه يؤدي إلي الحرام ولو كان ذلك بفعل جائز شرعا .

– نستخلص مما سبق أن هناك طائفتين من الفقهاء . الطائفة الأولي تنظر إلي الحيلة نظره واسعه ، بحيث تعتبرها أعم من أن تكون جائزه أو غير جائزه . فهي عندهم ذلك اللون الفقهي الذي يرتجي إذا ما ضاقت الحلول وإنقطعت السبل إذ الحيله في هذه الحاله ما هي إلا مخلص من شدة . ويسر من عسر ومخرج شرعي لمن أبتى بحادثه دينيه لا تعسف النصوص في إيجاد حل لها وهؤلاء هم الأحناف

---

(١) الفتاوي الكبري – لابن تيميه – حـ٣ – ص ٩٩ .

والشافعيه القائلين بالحيله مالم تناقض أصلا شرعيا .

أما الطائفة الثانية من الفقهاء فقد نظروا إلي الحيله نظره ضيقه وأرادوا بها ذلك اللون المذموم الذي يتحدث الناس عنه بإعتباره مذموما دون إشاره إلي الوجه المحمود منها ، إذ أن الحيله لا تطلق عندهم إلا علي ذلك اللون الفقهي الذي يؤدي إلي حرمه قواعد الشريعه في الواقع وحقيقه الأمر وهؤلاء هم المالكيه والحنابله .

التعريف المختار للحيلة :-

أورد الفقهاء تعريفات عديده للحيلة ، وأهم هذه التعريفات هو التعريف الذي قال به العلامه ابن القيم إذ يعرفها بقوله عنها « سلوك الطرق الخفيه التي يتوصل بها الرجل إلي حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة » [(١)] . وهذا التعريف قريب في اللفظ والمعني من تعريف الإمام الحموي للحيلة ، لأنه لم يجعلها عامه علي الإطلاق وإنما قيد هذا العموم بوجود نوع من الذكاء والفطنه يستخدم في ايجاد حلول تستقيم وقواعد الشرع الحكيم ، خاصه إذا

---

(١) إعلام الموقعين – لابن القيم – دار الجيل – بيروت – بدون سنه نشر – جـ ٣ – ص ٢٤٠.

ما كانت الواقعه المراد إيجاد حل لها واقعه دينيه يترتب علي تركها دون حل ضرراً كبيراً .

أنواع الحيل :-

تنقسم الحيل في الشريعه الإسلاميه إلي أنوا ع ثلاث : -

النوع الأول : هي الحيله التي لا يخالف في بطلانها والنهي عنها مخالف ، ومنها حيل المنافقين والمرائين التي يظهرون فيها إعمال الإسلام ويبطنون فيها الكفر والجحود فهذه لا خلاف عليها بين الجميع، لأنها تؤدي إلي خرم قواعد الشريعه في واقع الأمر .

النوع الثاني : هي الحيل الشرعيه التي لا خلاف في جوازها وشرعيتها وصلاحيتها للتطبيق العملي إذا يقصد بها التحيل علي قلب طريقه مشروعه وضعت لأمر معين ، وإستعمالها في حاله أخري بقصد التوصل إلي إثبات حق أو دفع مظلمه أو إلي التيسير بسبب الحاجة . وهذا النوع من الحيل لا يهدم مصلحة شرعيه ولهذا السبب فإنه جائز في جميع المذاهب الاسلاميه [١] ومثالها النطق بكلمه الكفر

---

(١) د./ صبحي محمصاني – فلسفه التشريع الإسلامي ومقدم في دراسة الشريعة الإسلاميه علي ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة – دار العلم للملايين – بيروت – الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٠ م ص٢٢٢

في حال الإكراه عليها والإضطرار لها . فإن القصد الرئيسي في النطق بها من غير إعتقاد لمضمونها إنما هو لإحراز الدم وحماية المال والعرض . ومن أمثلتها أيضا ما إعتاد عليه أهالي بخاري علي الإجاره الطويله ، إذ أن هذا النواع من الإجاره لا يجوز في الأشجار عند الأحناف . ولأجل ذلك إضطر الفقهاء الأحناف إلي وضع حيله بيع الكرم وفاء [١] .

وهنا إتخذ البيع الوفائي كحيله شرعيه من أجل التخلص من قاعده منع الإجاره الطويله في الأشجار والسبب في لجوء الفقهاء إلي هذه الحيله هو حاجة الناس وإعتيادهم علي ذلك .

النوع الثالث : هي الحيل التي ثار الخلاف بشأنها ، وتتمثل في التحيل علي قلب الأحكام الثابتة شرعا إلي أحكام أخرى بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن » [٢] . وهذا النوع تتباين فيه وجهات النظر من جهة أنه لم يظهر فيه دليل قاطع يلحقه بأحد القسمين سالف الذكر

---

(١) الأشباه والنظائر لابن بخيم – مؤسسه الجلبي – سنة ١٩٦٨ م . ص ٤١ .

(٢) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق . تم ضبطه ووضع ترجمته الأستاذ / محمد عبد الله دراز – المكتبه التجاريه الكبري بمصر حـ٢ – ص ٢٨٠ .

كما أن الأدله الشرعيه والنصوص الخاصه به لم يتضح فيها مقصد الشارع بشكل متفق علي أنه مقصود له ، ومأذون به ، كما لم يظهر أنه علي خلاف المصالح التي وضعت لها الشريعة .

ومثال هذا النوع من الحيل : حيلة التخلص من حق الشفعه ، ومثل هذا النوع من الحيله أجازها فقهاء الأحناف وبعض فقهاء الشافعية ، ولم يجزها باقي فقهاء المسلمين .

أثر الحيلة في تطور أحكام الشريعه الاسلاميه :-

إستخدمت الحيله من قبل فقهاء الشريعه الاسلاميه لإستحداث نظم قانونيه جديده ، ولتبرير بعض النظم القانونيه ، وللتخفيف من آثار بعض النظم القانونيه ، وسنوضح ذلك فيما يلي : -

أولا :- الحيلة وسيلة لخلق بعض النظم القانونيه : -

إستخدم بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الحيلة كوسيله لإنشاء نظم قانونيه جديده ومن صور ذلك ما يلي :-

١- بيع الوفاء :

تحرم الشريعه الإسلاميه الربا ، وتمنع الإقراض به وأحيانا

يجد الفرد نفسه مضطراً إلي الإقتراض ولا يجد من يقرضه قرضا حسنا لعدم وجود أي نفع مادي يعود علي المقترض . وذلك فقد تحايل الفقهاء علي هذا التحريم عن طريق بيع الوفاء . وهو عباره عن عقد يبرم بين المقرض والمقترض . ويكون المقترض في مركز البائع والمقرض في مركز المشتري وتبعا لذلك تنتقل ملكية الشيئ المبيع إلي المقرض (المشتري) ويستلم المقترض الثمن الذي يدفعه إلي المقرض (البائع) ويقترن هذا البيع بشرط فاسخ مقتضاه أن يرد المشتري (المقرض) الشيء) المبيع إلي البائع (المقترض) إذا رد إليه الثمن خلال مدة معنيه ، وبذلك فإن المقرض يكون قد إستفاء من المبيع فترة القرض . وهذا يعتبر فائده عن المبلغ الذي أعطاه للمقترض (١) .

٢- بيع العينه :-

هذا النوع من البيع محل خلاف بيع الفقهاء - ويأتي هذا الإختلاف من شده خفاء قصد المحتال لدرجه أن أحداً لا يظن أن هذا قصده أو أنه يرمي إليه - غير أن بعض الفقهاء جعلوا صورة بيع العينه دليلا علي وجود إراده خفيه لدي المحتال يعمل علي تحصيلها ، لذلك لم يترددوا في إبطال هذا النوع من الحيل فقالوا أن هذا البيع

---

(١) الغالي - المرجع السابق - ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

غير صحيح ولا يترتب أثرا في ذمة عاقدية . هؤلاء هم الأحناف والمالكيه والحنابله . فلا يصح هذا البيع عند هؤلاء الفقهاء ولا يترتب عليه نقل ملكيه المبيع إلي المشتري ونقل ملكيه الثمن إلي البائع . أما الشافعيه فقد أجازوا هذا النوع من البيع ورتبوا عليه آثاره فهو جائز عند الشافعيه لأنه ثمن يجوز بيع السلعه به من غير بائعها ، فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها . [١] حيث ينعقد العقد دون شرط ينافيه ، فكان عقدا صحيحا اكتملت فيه أركانه وشروطه ، والعقدان إنعقد دون شرط كان ثابتا .

٣- حوالة الحق :

إختلف الفقهاء المسلمون بصدد حوالة الحق فأجازها المالكيه في صوره إلهه والبيع ولم يجزها باقي الفقهاء بصوره صريحه ، ولهذا فأنها لجأت إلي استخدام الحيله كوسيله لتحقيق الأغراض التي يمكن أن تؤديها حوالة الحق [٢] . واتخذ ذلك أكثر من صوره منها : –

---

(١) المغني لابن قدامه – حـ٤ – ص١٩٣ – ويقصد بعقد بيع العينه بأنه عقد بيع بين المقترض والمقرض ، بمقتضاه يقوم المقترض بشراء بشيء ما بين المقرض بثمن مؤجل ، ثم يبيعه ثانيه إلي المقرض بثمن حال أقل من الثمن المؤجل الذي إشترك به ويمثل الفرق بين الثمنين الفائده التي يحصل عليها المقرض عن البلغ الذي أعطاه للمقترض .

(٢) د./ عد المنعم درويش – المرجو السابق – ص ١٠٢ ، ص ١٠٣ .

أ- **الأولى** : أن يكون المحال به وكيلا عن المحيل (الدائن) في قبض الدين الذي هو بذمه مدينه (ألمحال عليه) . وأن يكون المحال له دائنا للمحيل بذات الدين . فإذا قبض المحال له الدين فإنه بتقاضى مع المحيل في الدين الذي في ذمته للمحال له فإن خاف الموكل (المحيل) أن يدعي الوكيل (المحال له) ضياع المال من غير تفريط فيعود يطالبه بحقه ، فا الحيله له أن يأخذ إقراره بأنه متي ثبت قبضه منه فلا شيئ له علي الموكل وما يدعي عليه بسبب هذا الحق أو من جهته . فدعواه باطله وليس هذا إبراء معلقا بشرط حتي يتوصل إلي إبطاله ، بل هو إقرار بأنه لا يستحق عليه شيئا في هذه الحالة [١] .

ب - الثانية : أن يعلن الدائن أنه ليس الدائن الحقيقي وأن إسمه مستعار ومن ثم فإن الحق الذي بإسمه ليس له ولكن لشخص آخر . ويترتب علي هذا الإعلان تجريد الدائن المقرض الحق في إستيفاء الدين موضوع الإقرار وتقرير حق المقر له (المحال له) في إستيفاء الدين مباشرة من المدين [٢] .

جـ - الثالثة : أن يقول طالب الحق للمحال عليه : إضمن لي

---

(١) أعلام الموقعين - لإبن قيم الجوزيه - المرجع السابق - جـ ٤ - ص٣٨ .

(٢) حاشيه إبن عابدين - جـ٤ - ص ٦٣٦ .

هذا الدين الذي علي غـريمي ويرضي منه بذلك بدل الحواله . فـإذا ضـمنه تمكن من مطالبـه أيهمـا شـاء . وهـذه من أحسن الحيل وألطفها (١) .

ثانيا : الحيله وسيلة لتبرير بعض النظم القانونيه

إستخدم غالبيه الفقهاء المسلمين الحيله في تبرير بعض الأنظمة القانونيه منها ما يلي : -

١- توريث الحمل :

القـاعدة العـامة في الشريعه الإسـلامـيـه هي أن الشـخصيـه القانونية تبدأ بولادة الإنسان حيا وتنتهي بوفاته . غير أن تطبيق هذه القـاعده من شـأنه الإضـرار بمصـالح الجنين الذي يتوفـي مورثه قـبل ولادته . ولتـفـادي هذه النتـيـجـه إقـترض الفـقـهـاء أن الجنين يتـمـتـع بالشـخصيه القانونيه قبل ولادته وبذلك فإنه يعتبر من الورثه إلي أن يولد حيا فإذا ولد ميتا لا يعتبر من الورثه (٢) .

---

(١) أعلام الموقعين من المرجع السابع - ص ٣٩ .

(٢) المبسـوط - شـمس الدين السـرخس - المرجع السـابق - حـ٣٠ - ص ٥٠ ومابعدها .

٢- ميراث المفقود :-

أن المفقود متردد الحال بين الحياه والموت كا الجنين في البطن .
والقاعده العامه في الشريعة الإسلاميه هي أن الميراث يكون في تركه المتوفي . وبتطبيق هذه القاعده علي تركة المفقود فإنه يجب الإنتظار لحين التأكد اليقيني من وفاته أو وجوده على قيد الحياه ، وقد تطول مدة الإنتظار مما يترتب عليه الإضرار بمصالح من لهم الحق في ميراثه ومن أجل تفادي ذلك لجأ الفقهاء إلي إفتراض موته إذا مضت فتره زمنيه معينه . ويقسم ميراثه بين ورثته بإعتباره ميتا حكما . (١)

٣- ملكيه التركه :

القاعده العامة في الميراث أنه لا تركه إلا بعد سداد الديون مصداقا لقول الحق تبارك وتعالي « من بعد وصية يوصي بها أو دين». وتطبيقا لهذه القاعدة فإن ملكيه التركه لا تنتقل إلي الورثه إلا بعد سداد الديون . وفي نفس الوقت فإن ملكيه التركه قد زالت عن المورث بوفاته وفقده للشخصيه القانونيه . ومن ثم تصبح التركه في

---

(١) المبسوط شمس الدين السرخس – المرجع السابق – حـ ٣٠ – ص ٥٤ ومابعدها .

الفتره من وفاة المورث إلي إنتقالها إلي الورثه لا مالك لها (تركة شاغره) . وتفاديا لهذه النتيجه إفترض الفقهاء الأحناف أن المورث حي حتي تسدد ديونه ومن ثم يظل مالكا حكما للتركه حتي تسدد الديون وتنتقل ملكيه التركه إلي الورثه (١) .

ثالثا: الحيله وسيله لتخفيف اثار بعض النظم القانونية :

لجأ الفقهاء إلي إستخدام الحيله للتخفيف من آثار بعض النظم القانونيه . ومن تطبيقات ذلك ما يلي : —

١- تصرفات المريض مرض الموت :

من القواعد المقرره في الفقه الإسلامي أن تصرفات المريض مرض الموت إلي أحد ورثته لا تنفذ في حق بقيه الورثه إلا بإجازتهم . أما إذا كانت صادره لأجنبي فإنها تكون نافذه دون حاجه لإجازه الورثه بشرط ألا تزيد عن ثلث التركه .

ويترتب علي التطبيق الحرفي لهذه القاعده بطلان كل تصرف من المورث إلي أحد الورثة في مرض الموت إذا لم يجزه الورثه حتي

---

(١) المبسوط – للسرخس – المرجع السابق – حـ٣٠ – ص ٥٥ .

ولو كان هذا التصرف سداً لدين علي المورث حقيقة إلي أمد الورثة .
وهذا ما يؤدي إلي تفويت غرض مشروع وهو أن يسدد المورث دينه
وأن يستوفي الوارث دينه الذي له في ذمة مورثه . ولتفادي مثل هذا
الوضع والحكم بصحة تصرف المورث إلي الوارث ودون حاجة إلا
إجازه باقي الورثه لجأ الفقهاء المسلمين (الإمام الشافعي)إلي حيله
مؤداها أن يقر المورث المريض مرض الموت بذلك الدين لشخص
أجنبي يثق فيه ويأمره أن يقبض ذلك من ماله علي أن يدفعه بعد ذلك
وارثه صاحب الدين (١) .

٢- عقد المضاربة :-

وفقا لقواعد الفقه الإسلامي يعتبر صاحب العمل في المضاربه
أمينا ومن ثم لا يضمن المال الذي سلمه إليه رب المال .

ولا يستطيع رب المال اشتراط الضمان فى عقد المضاربه لأنه
شرط غير صحيح في نظر الفقهاء . وبذلك يكون رب المال بالخيار بين
أمرين كلاهما ضاراً به وهما : الإمتناع عن المضاربه حتي لا يعرض
ماله للخطر ، وفي ذلك حرمان له ولشريكه من النفع الذي يعود عليهما

---

(١) د./ صوفي أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – المرجع السابق – ص ٣٢٥ .

من المضاربه ، وفي نفس الوقت الإضرار بالاقتصاد نتيجه لتعطيل المال وعدم إستثماره . أو إعطاء المال لشريكه (صاحب العمل) بدون ضمان ، وفي هذه الحاله قد يكون عرضه للضياع . ولتفادي هذا الوضع وتقديم ضمان لصاحب المال لجأ الناس إلي حيله مؤداها أن يقدم رب المال إلي صاحب العمل المال علي سبيل القرض ، وبذلك يكون صاحب العمل ملزما برد المال إلي رب المال ثم يدفع رب المال إلي صاحب العمل أيضاً مبلغا ضئيلا علي سبيل المضاربه . ثم يستغلان المبلغين في التجاره بينهما ويتفقان علي نصيب كل منهما في الربح . وبذلك يكون قد تمت المضاربه بينهما ، وفي نفس الوقت ضمن صاحب المال ماله (١) .

---

(١) د./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٢٤ – يعرف عقد المضاربه بأنه عقد شركه يقدمه فيها أحد الشريكين (رب المال) رأس المال . ويقوم الثاني وصاحب العمل أو المضاربه بإستثماره أي يقوم بالعمل . ويكون الربح بينهما حسب شروطهما وما ينقص عن رأس المال يكون علي رب المال » .

المبحث الثالث

دور الحيله في تطور القوانين الحديثه .

أن الحيله في العصورر الحديثه لم تعد تلعب نفس الدور الذي لعبته في القوانين القديمه ، وذلك لأن المجتمع الحديث لا ينظر إلي نصوصه القانونيه علي أنها مقدسه لا تقبل التعديل . وإنما يعتبر أن القوانين من صنع العقل البشري ولا يتوالي في تعديلها كلما ظهر قصورها عند مسايرة الظروف المتغيرة للمجتمع . بالإضافة إلي ذلك فإن التشريع أصبح هو المصدر الرئيسي لمعظم القوانين ، وتتميز قواعده بالمرونه ، وغالبا ما يحدث تدخل تشريعي مع كل تطور في المجتمع مما يمكن معه القول بأن كل تطور في المجتمع يصاحب دائما تطور في الترشعي يتلائم مع . وبذلك أصبح في مقدور المجتمع عن طريق التشريع .

تعديل القواعد القانونيه صراحه كلما دعت الضروره إلي ذلك . ولذلك فإنه لم تعد الحاجه ملحه وضروريه إلي استخدام الحيله للتحايل علي نصوص القانون وتغييرها خفيه .

وهذا مـا أدي إلي أخـتـفـاء دور الحـيله القـانونيـه في النظم

القانونيه الحديث كوسيلة لخلق نظم قانونيه جديده وإقتصار دورها كوسيله لتبرير بعض النظم القانونيه أو لتخفيف بعض النظم القانونية في حالات قليله . وسنعرض لهاتين الحالتين فيما يلي : -

أولا : الحيله وسيله لتبرير بعض النظم القانونيه :.

تستخدم الحيله في النظم القانونيه الحديثه كوسيله لتبرير بعض النظم . ومن أمثله ذلك في القانون المصري ما يلي : -

١- الأثر الرجعي للقسمه :

تعد فكره الأثر الرجعي عموما من أكثر الأفكار القانونيه إنتشاراً . وهي تعني أن تصرفا ما من التصرفات أو واقعه من الوقائع ، قد حدثت في وقت سابق علي الوقت الحقيقي الذي وقعت فيه ، وذلك بالمخالفه الصارخه للحقائق التاريخيه ويتم ذلك عن طريق الحيله القانونيه ، تحيقيا لمبادئ قانونيه هادفه (١) . ومن أبرز الأمثله علي ذلك فكرة الأثر الرجعي للقسمه . فالقانون المصري يقضي في المادة ٨٤٣ فيه بأنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصه التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وإنه لم يملك غيرها بقيه الحصص » .

---

(١) د./ محمود الديب – المرجع السابق – ص ٤٤٦ .

وهذا النص كما هو واضح يقرر أن للقسمه أثرا رجعيا ، حتي يعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه ، لأمن تاريخ وقوع القسمه فحسب ، بل منذ بدء حالة الشيوع . وتعتبر القسمه في هذه الحالة لا تعني سوي الكشف عن حق المتقاسم في الملكيه الشائعه ، فهي ذات أثر كاشف ، حيث لم تنشأ للمتقاسم حقا جديداً .

وقد أجمع الفقه علي أن هذا النص يتضمن إقتراضا قانونا قصد إليه المشرع وذلك لحماية المتقاسم مما يكون قد رتبه غيره من الشركاء – أثناء حالة الشوع – من تصرفات علي هذا الجزء المفرز الذي آل إليه تحقيقا لمبدأ المساواه الذي ينبغي أن يسود بين المتقاسمين سواء كان هذا الإقتراض للأثر الرجعي وحده أو للأثر الرجعي والكاشف معا . (١)

ومن ثم فإن هذا النص القانوني يتضمن حيله قانونيه لجأ إليها المشرع وذلك من أجل تبرير الحماية القانونية للمتقاسمين في المال الشائع إذ أنه بواسطه هذه الحيله أمكن حمايه كل متقاسم مما يكون قد رتبه غيره من الشركاء أثناء حالة الشيوع – من تصرفات علي هذا

---

(١) د./ إسماعيل غانم – الحقوق العينيه الأصلية – جـ١ – حق الملكيه جـ٢١ – سنه ١٩٦١ – مكتبه عبد الله وهبه ، فقره ١٣٠ ، ص ٢٩٤ .

الجزء المفرز الذي آلت إليه ملكيته بالقسمه .

٢- العقارات بالتخصيص :-

قسم المشرع المصري الأشياء إلي عقارات ومنقولات إستناداص إلي الأساسي التقليدي الذي اعتنقه القانون الروماني في تقسيمه للأشياء إلي عقارات ومنقولات . ويتمثل هذا الأساسي في مدي ثبات الشئ وإستقراره ، ومدي إمكانيه نقله دون تلف . فنص المشرع المصري في المادة ٨٢٥ / ١ علي أن « كل شئ مستقر بميزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وما عدا ذلك من شئ فهو منقول » .

وعلي ذلك فإن العقار هو كل شيئ ثابت ومستقر حيث لا يمكن نقله دون تلف سواء كان هذا الشئ حائزاً لصفة الإستقرار بطبيعته أم بصنع صانع .

إلا أن المشرع المصري قد خرج علي هذا الأصل وأورد إستثناءاً علي هذا الأصل في الفقره الثانيه من المادة ٨٢ مدني مصري . إذ جاء فيها « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً علي خدمة هذا العقار أو

إستغلاله »

فالمشرع المصري قصد من هذا الإستثناء سريان بعض أحكام العقار علي المنقول الذي صد لخدمته إو إستغلاله فلا ينفصل عنه رغما عن إرادته ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار الذي لحق به حتي لا يتعطل الإنتفاع بالعقارات حيث تقتضي المصلحه العامه الإنتفاع بالعقارات علي أفضل وجه . ولذلك أطلق عليه لفظ « العقار بالتخصيص » وذلك حتي يخضع لأحكام العقار من حيث الحجز . فلا يجوز الحجز عليه مستقلا عن العقار الذي خصص لخدمته أو استغلاله . كما أن التنفيذ علي العقار يشمله ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكيه [١] .

هكذا خرج المشرع المصري عن القاعده وجعل من المنقولات عقارات متي توافرت بعض الشروط [٢] التي ذكرها الفقهاء ، وذلك

---

(١) د./ أنور سلطان – المبادئ القانونيه العامه – سنة ١٩٧٤ – دار النهضه العربيه ، فقره ٢١١ ، ص ١٨٧ .

(٢) من الشروط التي يجب توافرها لإعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص (١) أن يوضع منقول بطبيعته في عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضا أو بناء . (٢) أن يوضع المنقول في العقار بمعرفه مالك العقار نفسه أو من ينوب عنه كالوكيل مثلا ٣ – أن يكون مالك المنقول هو مالك العقار حتي ولو كانت ملكيته للعقد علي

=====

استناداً إلي الحيله القانونيه ، حيث إعتبر المنقول الذي خصصه صاحبه لخدمه عقاره وإستغلاله عقارا بالتخصيص وذلك علي خلاف الحقيقه ، ضمانا لخدمه العقار وإستغلاله ، ومنعا لما يؤدي إليه من الإبقاء علي صفته كمنقول من إمكان فصله عن العقار الذي خصص لخدمته وإستغلاله مما يؤدي إلي تعطيل هذه الخدمه أو عرقله هذا الإستغلال .

٣- النيابة في التعاقد :-

تقوم فكرة النيابه في التعاقد علي أساس حيله أو إقتراض مؤداه أن النائب يتقمص شخصيه الأصيل ، وبالتالي ينطق النائب بلسان الأصيل ويعبر عن ارداته وبناءاً علي ذلك تنصرف آثار التصرف القانوني الذي أبرمه النائب إلي الأصيل مباشرة . هذا لا يتفق مع الحقيقه إذ لا يتقمص النائب شخصيه الأصيل ولا يعبر عن إرادته . وبصفه خاصه إذا كان الأصيل عديم الأهليه أو ناقصها .

==== الشيوع ٤ – أن يخصص المنقول فعلا لخدمه العقار أو إستغلاله ، لا لخدمه صاحب العقار – ٥- أن يكون هذا التخصيص علي وجه الإستقرار .

د./ أنور سلطان – المرجع السابق – ص ١٨٦ – فقرة ٢١٠ .

ثانيا : الحيله وسيله لتخفيف بعض النظم القانونيه :-

يستخدم الفقه الحديث الحيله في التخفيف من حدة بعض النظم القانونية . ومن أهم تطبيقاتها في هذا المجال ما يلي : -

الإشتراط لمصلحة الغير :

يعرف الإشتراط لمصلحة الغير بأنه « عقد يشترط أحد أطرافه (المشترط) علي الطرف الأخر والمتعهد) التزاما لصالح شخص ثالث (المنتفع) وينشأ من هذا القعد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد » (١) .

هذا الإشتراط لمصلحة الغير لم يكن يعرفه القانون الروماني بداية الأمر إذ كانت القاعده السائده فيه هي أن العقد ينشئ حق للغير . إلا أن هذه القاعدة تصدعت أمام الضرورات العملية وأباح القانون الروماني الإشتراط لمصلحة الغير في حالات إستثنائيه دعت إليها الضروره ، ثم ورث القانون الفرنسي هذه الإستثناءات عن القانون الروماني وأضاف إليها حالة واحده هي حالة إشتراط البائع علي المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث ، وبعد ذلك ثار قانون

---

(١) د./ عبد الودود يحي « الموجز في النظريه العامه للإلتزامات » - القسم الأول - مصادر الإلتزام - دار النهضه العربيه - سنه ١٩٨٧ ص ١٩٠ .

نابليون في هذا الإتجاه بأن أباح الإشتراط لمصلحة الغير في حالات إستثنائيه . ومع إنتشار نظام التأمين وما يتمتع به من أهميه عمليه وبإعتباره من أهم التطبيقات العمليه للإشتراط لمصلحة الغير في العصر الحديث تحايل القضاء الفرنسي على نص المادة ١١٢١ مدني فرنسي بأن فسر كلمة الأشتراط (stipulation) الواردة لماده لا بالإشتراط كما هو معناها الدقيق ، بل بالتعاقد بوجه عام .

وبهذه الحيله إنقلبت الإستثناءات إلي نظريه عامه ، وقد بلغ التوسع في تطبيق هذه النظريه العامه مدي بعيداً حتي وصل الأمر إلي اباحة الإشتراط إذا كان المنتفع شخصا مستقلا أو شخصا لم يعين وقت التعاقد ، ما دام تعينه ممكنا عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من زريه المؤمن[١] .

وقد سار المشرع المصري الحالي في هذا الإتجاه إذا جاء في نص المادة ١٥٢ منه « أن العقد لا يرتب التزامات في ذمة الغير ولكن

---

(١) د./ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصريه سنة ١٩٥٦ ، ص ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ .

يجوز أن يكسبه حقا » . ووفقا لهذه الماده أصبح يجوز للغير أن يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه .

وقبل أن يأخذ المشرع المصري بهذا الإتجاه فإن الفقهاء والقضاء إجتهدوا في التحايل علي النصوص القائمه آنذاك حتي تسع التطبيقات العديده للإشتراط لمصلحة الغير . وفسروا ذلك بنظريات عديده أهمـا نظريه الإيجاب والفضاله والإرادة المنفرده . وكل هذه النظريات كانت عباره عن اعتراضات مخالفه للواقع وعاجزه عن إعطاء تفسير صحيح لنظريه الإشتراط لمصلحة الغير .

٢- الهبه :-

تنص المادة (١/٤٨٨) من التقنين المدني المصري الحالي علي أن « تكون الهبه بورقه رسميه والإ وقعت باطله مالم تقع تحت ستار عقد آخر » ويستفاد من هذا النص أنه إذا كان المشرع قد إشترط الرسميه في ابرام الهبه وإلا كانت باطله فإنه أجاز أن تتم بورقه عرفيه إذا وردت في صورة عقد آخر ، كأن تتم في صورة عقد بيع .

وبذلك يكون المشرع قد فتح الباب أمام استخدام الحيله من أجل التخفيف من جمود الشكليه المتمثله في الرسميه .

الفصل الثاني

دور العداله في تطور الشرائع القانونية

تعريف العداله :-

مبادئ العداله هي تلك القواعد التي يكشفها العقل ويوحي بها الضمير ويرشد إليها النظر الصائب والذوق السليم . وهذه المبادئ تعمل جنبا إلي جنب مع قواعد القانون الأصلي ، وترمي إلي تعديل قواعد القانون أو الحلول في مكانها بفضل ما فيها من القوة المعنويه المستمده من سمو مبادئها .

وهي تعد الوسيله الثانيه من وسائل تطور القانون ، إذ أنها ظهرت في فتره لاحقة لظهور الحيله القانونيه . ويرجع السبب في ظهورها إلي الرغبة في تحقيق المساواه بين الناس .

وإذا كانت العداله قد استخدمت في تطوير القانون في كافة المجتمعات فإن مصدرها قد إختلف من مجتمع إلي آخر فعند الرومان كان مصدرها بادئ الأمر قانون الشعوب ثم أصبح القانون الطبيعي منذ بدء العصر العلمي . وعند اليونان كان مصدرها قانون الطبيعة .

أما مصدرها في الشريعه الاسلاميه فهو العقل وحكمة التشريع (الإسلام) .

وفي المجتمعات الحديثه فإن مصدرها عند الفقهاء المثاليين فى الفكر القانوني هو القانون الطبيعي ، وعند الفقهاء الشكليين في الفكر القانوني هو القانون ذاته . ومن ثم فإن معني العداله يختلف عن معني العدل عند الرومان والفقهاء المثاليين في العصر الحالي ، ويتحد معني العداله مع العدل عند الفقهاء المسلمين والفقهاء الشكليين في الفكر الوضعي الحديث .

– وإذا أردنا التطرق إلي دور العداله في تطور القانون ، فإننا سنعرض له علي الوجه الآتي : –

المبحث الأول : دور العداله في تطور القانون الروماني .

المبحث الثاني : دور العداله في تطور الشريعة الاسلاميه .

المبحث الثالث : دور العداله في تطور القوانين الحديثة .

المبحث الأول

دور العداله في تطور القانون الروماني

تعريف العداله لدي الرومان :-

علي الرغم من تعدد تعريفات العداله لدي فقهاء الرومان إلا أنها قد إتفقت في جوهرها ومضمونها . ومن هذه التعريفات تعريف الفقيه اليبانوس لها بأنها : « إراده دائمه دائبه لإيتاء كل ذي حق حقه . وتعريف الفقيه شيشرون لها بأنها « عاده إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام » . ومن هذه التعريفات يتضح أن العداله تعد فضيله من الفضائل موضوعها إيتاء كل ذي حق حقه ، لأنها عباره عن إراده دائبه متمكنه في النفس . ولا يكون الإنسان فاضلا إذا كان عالما بالفضائل فحسب بل يجب أيضا أن يلتزم بها في سلوكه . (١)

مصدر العداله :-

أن مصدر العداله عند الرومان كان في بداية الأمر قانون

---

(١) د./ محمد جمال عيسي – المرجع السابق – ص ٨٨ .

الشعوب ، ثم بعد ذلك أصبح مصدرها القانون الطبيعي منذ القرن الأخير من الجمهوريه عندما سوي الفقهاء بينه وبين قانون الشعوب بوصفه « مجموعه المبادئ لمطابقة للدول والمقبوله عند جميع الأمم ، علي الرغم من وجود بعض الإختلافات فيما بينها بصدد تحديد العداله كفايه هل هي مطلقة أم نسبيه . فهي وفقا لقانون الشعوب تعد نسبيه تهدف إلي تحقيق غايات محدده سواء من حيث المكان أو الزمان أما وفقا للقانون الطبيعي فإن العداله مطلقه سواء من ناحية الزمان والمكان . وقد ترتب علي هذا الإختلاف في النظر إلي العداله إن إختلفا من حيث التطبيق ومثال ذلك الرق والأسر ، فقانون الشعوب يؤيدها ومن ثم يفرق بين الأحرار والأرقاء والعتقاء أما القانون الطبيعي فيرفضها ويقرر أن الناس سواء . ومن ثم سنتكلم عن هذين المصدرين فيما يلي : -

١- قانون الشعوب : -

كان الرومان يخضعون في علاقاتهم ومعاملاتهم لنوعين من القوانين ، القانون المدني الخاص بالمواطنين الرومان أو قانون المدنيه الذي تكون من تقاليدهم ونظمهم ، والذي كان محصوراً في قانون الألواح الإثني عشر والنصوص المكملة لها التي صدرت بعد ذلك

والثاني هو قانون الشعوب الذي أنشأه بريتور الأجانب من مبادئ القانون الروماني المجرده من الرسميات ومن المبادئ العامه المتبعه في مختلف الأمم ، ومن ثم لم يكن يتسم بالشكليه كالقانون المدني . فكان يطبق في بداية الأمر علي الأجانب . ثم بعد ذلك طبق علي الرومان أنفسهم . (١)

وترجع ظروف نشأه قانون الشعوب إلي العهد الذي لم يكن فيه للأجانب المقيمين في روما حق التمتع بحماية القانون المدني رغم إستقرارهم فيها وتبادلهم المصالح مع الرومانين . وإذاء ذلك فرضت الضروره حمايه لمصالح الأجانب والرومان أن تنظم العلاقات بين الأجانب والرومان . ومن أجل ذلك أنشئت وظيفه الحاكم القضائي في منتصف القرن الثالث قبل الميلاد وأطلق عليه إسم بويتور الأجانب ، وهو لم يكن يطبق قانونا معرفا لديه ، بل كان يبحث عن القاعده القانونيه الملائمه لحكم الحاله المعروضه عليه ؟ وكان يستمدها من القانون الروماني ، والعادات والتقاليد المتعارف عليها بين الأجانب ومن القواعد العامه العادله التي تقرها جميع الشعوب ومع مرور

---

١) د./ عمر ممدوح مصطفي – المرجع السابق – ص ١٠٩ .

الزمن تكونت مجموعه من القواعد والنظم المستمده من هذه المصادر مجتمعه خاليه من الشكليه المعقده التي يتسم بها القانون المدني الروماني وملائمه لأحكام الناس مهما إختلفت جنسيتهم أطلق عليها إسم قانون الشعوب . (١)

٢- القانون الطبيعي عند الرومان :-

منذ أواخر العصر الجمهوري توثقت صلة الرومان بالإغريق . وبدأ فقهاء الرومان يتأثرون بالفلسفه الإغريقيه وبالذات الفلسفه الروائيه التي تري أن العالم يسير وفق قانون عام ، ثابت أزلي ، هو القانون الطبيعي . وأول من نادي بها من الفقهاء الرومان الخطيب المشهور شيشرون القاتل بأن في العالم قانونا صحيحا مطابقا للطبيعه ساريا علي جميع الناس ثابت أزليا يتولي الله حمايته وعقاب من يخالفه . (٢)

ومما دعا فقهاء الرومان إلي الأخذ بفكرة القانون الطبيعي

---

(١) د./ محمد جمال عيسي – المرجع السابق – ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) جمهوريه شيشرون – siseron de repulilies 3,22-33

ملاحظتهم وجود عادات بين الناس يشتركون فيها جميعا وسلوك موحد يسلكونه في حياتهم مما حملهم علي الإعتقاد بأنه توجد سلطه عليا تسيرهم وتتسلط عليهم ، وهذه السلطه في نظر البعض هي الطبيعه ، والقواعد المشتركه هي قواعد من الطبيعه ، وهي قواعد يمليها العقل ويجب أن تكون كل القوانين التي تصدر عن المشرع الوضعي متفقه مع أحكام هذه القواعد ولا تتعارض معها .(١)

وإذاء إنتقال هذه الفلسفه إلي القانون الروماني إتسمت النظم القانونيه بالبساطه وتجردت من المظاهر الشكليه والاجراءات الرسميه، وأصبح مبدأ حسن النيه هو أساس المعاملات بين الأفراد ، وإختفت الفوارق بكافة أنواعها في القانون الروماني سواء كانت بين الأشخاص أو بين الأموال .

أثر العداله في تطور القانون الروماني :-

لجأ الفقهاء الرومان إلي فكرة العداله في تفسير وتطبيق القانون وإعتبروها أساسا بنوا عليه كثيراص من الأفكار والمبادئ

---

(١) د./ مختار القاضي – أصول القانون – دار النهضه العربيه – الطبعه الثالثه – سنة ١٩٩٧، ص٤٠، ٤١ .

القانونيه التي لا سند لها من النصوص القانونيه وإعتمدوا عليها في تبرير بعض النظم والقواعد القانونية التي أوجدها البريتور وتكون منها القانون الروماني . وأصبح من حق القاضي في عهد الأمبراطوريه السلفي أن يعتمد عليها فيما يصدره من أحكام إذا لم يستطيع التوصل إلي نص قانوني يلائم الحاله المعروضه عليه . وهذا الإتجاه صدر به مرسوم من الامبراطور قسطنطين أباح فيها صراحة للقاضي الإلتجاء إلي مبادئ العداله .

أمثله لتطبيقات فكرة العداله :

لا يمكن لنا حصر التعديلات التي حدثت في القانون الروماني تحت تأثير العداله ، فهي كثيره لا يحصيها عداً . ولذلك سنكتفي بذكر أمثله لتطبيقات هذه الفكره .

١- تحقيق المساواة بين الناس :-

فبعد أن كان المبدأ السائد في القانون الروماني القديم هو التفرقه بين الرومانين والأجانب ، والحر الأصيل والحر المعتوق والأحرار العبيد ، والأشراف والنبلاء العامه ، ورب الأسره وأبناء

الأسره ، وبين طبقات الأموال النفسيه وغير النفسيه وبين أصناف الأراضي من إيطاليه وإقليميه ، وبين طرق نقل الملكيه من إشهاد وتسليم ودعوي صوريه .

وبإستخدام فكرة العداله التي تفرض المساواه بين الناس وتبسط رايه القانون فوق الجميع ، ثم إزالة جميع الفوارق السابقة وغيرها التي كانت موجوده في القانون الروماني لتعارضها مع مبدأ المساواه بين الناس الذي يقره القانون الطبيعي . (١)

٢- تحسين حالة الرقيق :-

إستعان الرومان بمبادئ العداله لتحسين حالة الرقيق لأنهم لم يمكنوا من الغائه لضرورته من الوجهه الإقتصاديه فإعترفوا بوجود قوانين طبيعيه بين الآباء والأبناء من الرقيق . وترتبت علي ذلك إن إعتبرت تلك القرابه مانعا من موانع الزواج وسبب من أسباب الإرث بعد العتق وإعترفوا للرقيق بنوع من الشخصيه القانونيه بحيث أصبح في مقدوره أن يكون دائنا ومدينا بشروط معينه .

---

(١) د./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٤١ ، د./ محمد جمال عيسي المرجع السابق – ص ٩٢ .

٣- مبدأ الوفاء بالتعهدات :-

من المبادئ التي إستندت إلي فكرة العداله في القانون الروماني مبدأ الوفاء بالتعهدات سواء كانت في صيغه رسميه أم غير رسميه . وهذا ما أدي إلي التجاوز عن الرسميات في بعض التصرفات والتخفيف من حدتها في البعض الأخر حيث نشأت عقود جديدة مبنيه علي مجرد التراضي وهي العقود الرضائيه الأربعه البيع والإجاره والوكاله والشركه . بل أدي هذا المبدأ إلي الإعتراف بالالتزامات الطبيعيه الناشئه عن عقود الرقيق والقاصر . (١)

٤- الإعتراف بالحقوق الناشئه عن صله الرحم :-

أن القرابه في بداية العصر : الروماني كانت تقوم علي أساس الخضوع لشخص واحد وليس علي أساس صلة الدم . ولهذا كان الإبن الذي يتجرد من سلطه أبيه ويتبناه شخص آخر لم يكن يبقي علي أسرته ، وبالتالي لم يكن يوجد بينه وبين أسرته الطبيعى التزامات وحقوق متبادله وإنما كانت توجد بينه وبين أسرته التي تبنته. وكانت الزوجه كذلك التي تفصل بالزواج عن أسرتها تنقطع قرابتها

---

(١) د./ محمد ممدوح مصطفي ، المرجع السابق – ص١١٣ .

[illegible] أصلها الطبيعيين هي وأولادها ولا ينشأ بينها هي وأولادها وبينهم حقوق والتزامات متبادله وإنما تنشأ بينها هي وأولادها وأسرة زوجها .

وحيث أن هذا الوضع يتعارض مع قواعد القانون الطبيعى وقواعد العداله ، فقد إعترف بالقرابه القائمه علي أساس صلة الدم بجانب القرابه المدنيه القائمه علي أساس الخضوع لشخص واحد ، ثم ما لبثت أن حلت محلها ، وترتب علي ذلك أن أصبحت القرابه الطبيعية سبب لإكتسبات الحقوق والتحمل بالإلتزامات بين أفراد الأسرة (١) .

٥- تخفيف حدة بعض النظم القانونيه :-

إستعان الرومان بمبادئ العداله لتخفيف حده الرسميات والشكليات التي كانت تسود القانون الروماني ففي القديم كان لابد من إفراغ التصرف القانون في قالب شكلي معين حتي يرتب آثاره القانونية . ولكن باللجوء إلي فكرة العداله إستطاع الفقهاء الرومان

---

(١) [illegible] المرجع السبق – ص ٩٣ .

توسيع نطاق تطبيق هذا القانون ، وتبسط نظم القانون وتحريره شيئا فشيئا من الرسميات والشكليات وردها إلي مبادئ العداله فظهر مبدأ حسن النيه الذي يعد من أهم تطبيقات فكرة العداله والذي يقضي علي الشخص بالوفاء بتعهده حتي ولو لم يكن قد أفرغ في صوره شكليه وأصبح أساسا للمعاملات بين الأفراد . (١)

وترتب علي تجنب الشكليه في التصرفات القانونيه الغاء بعض التصرفات القانونيه الشكليه مثل عقد القرض المسمي ، والتجاوز عن بعض الشروط الشكليه في بعض العقود ، مثل التجاوز عن شرط إستعمال اللغه الاتينيه في النطق بعبارات عقد الإشتراط الشفوى وتغليب المعني علي اللفظ في هذا العقد منذ صدور مرسوم الامبراطور ليون عام ٤٨٢ ميلاديه الخاص بذلك .

وظهر أيضا أثر فكرة العداله في تفسير نصوص القانون والتصرفات القانونيه ، بحيث نشأ مبدأ أن « إفراط القانون في التضبيق إغراق في الظلم » . ويعني هذا المبدأ أن تطبيق القانون إنما

---

(١) د./ إنظر علي بدوي – المرجع السابق – ص ٧٠ .

يكون بروحه لا بنصه طبقا لمبادئ العداله والمصلحه العامه أو الخاصه ، لأن المشقة تجلب التيسير ، وأن العبره في التصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني حتي ولو أفرغت في قالب رسمي وعند الشك يؤخذ بالأقل لأن المغالاه في الحق نوع من الظلم .

٦- إستحداث مبادئ قانونيه جديده :-

إعتمد الفقهاء الرومان علي فكرة العداله في إستحداث كثير من النظم والأفكار القانونيه الجديده التي ليس لها سند من نصوص القانون . ومن بين المبادئ التي إستحدثها الفقهاء والرومان إعتماداً علي العداله ، مبدأ التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات ، فلا يجوز أن ينشأ عنها ضرر لأحد ، ولا يجوز أن يثري أحد بلا حق علي حساب الغير .

وتم تطبيق هذا المبدأ في بعض الحالات منها أن من يحدث ضرراً بالغير يلتزم بتعويضه عما أصابه من ضرر ، وأنه ليس لأحد أن يثري علي حساب شخص آخر بدون وجه حق ، ومن ثم يلتزم المشتري بتعويض المفتقر بقصد إثرائه . ويلتزم الشخص برد ما دفع

له بدون وجـه حق سـواء كـان لدين مـزعـوم أو كـان دفع له خطأ على أساس أنه الدائن . (١)

(١) د./ محمد جمال عيسي – المرجع ... – ص ٩٥ .

المبحث الثاني

دور العداله في تطور الشريعه الإسلاميه

ظهرت فكرة العدالة في الشريعه الإسلاميه بعد إتساع رقعة العداله وتغير الأحوال الإجتماعيه ، وظهور حالات جديده لم يرد عنها نص في الكتاب أو السنه ، وتمكن المجتهدون والفقهاء في خلال عصر الشريعه الإسلاميه بفضل نشاطهم الفقهي من مواجهة الحالات الجديدة والتي نشأت عن تنوع المعاملات والعلاقات بين الأفراد . إذ أفضي هذا النشاط إلي تعديل القواعد الشرعيه إما بتوسيع نطاقها أو بتخصيص حكمها أو بإضافة مبادئ جديده إليها ، تبعا لتطور المجتمع ولشعور العداله في النفس وكان الفقهاء يسترشدون في ذلك بروح التشريع الإسلامي والمبادئ الاسلاميه المقربه في القرآن والسنه . (١)

مفهوم العداله في الفقه الإسلامي :-

يقصد بالعداله في الفقه الإسلامي مجموعة المبادئ التي يرشد

---

(١) د./ عمر ممدوح مصطفي - المرجع السابق - ص١١٩

إليها العقل وحكمة التشريع المستمده من روح النصوص . وقد ظهرت العداله بهذا المعني في الشريعه الاسلاميه تحت إسم الرأى أو الإجتهاد . (١)

وقد عرف إبن القيم الرأى « بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيها الأمارات فلا يقال لمن رأي بقلبه أمراً غائبا عنه مما يحس به أنه رأيه ، ولا يقال أيضا للأمر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الإمارات أنه رأي وإن إحتاج إلي فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها » . (٢)

وقد قسم إبن القيم الرأى إلي ثلاثة أنواع هي : -

١- الرأي الباطل ٢- الرأي الصحيح

٣- الرأي المشتبه فيه .

---

(١) د/ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٥٢ – أحمد أمين – فجر الإسلام – الهيئة المصريه العامه للكتاب – سنه ١٩٩٦ – ص ٢٧٥ .

(٢) أعلام الموقعين – إبن القيم – جـ١ – ص ٦٦

١- الرأي الباطل :

وقد ذكر إبن القيم للرأي الباطل أنواع خمسه هي : [١]

أ- الرأي المخالف للنص : وهذا مما يعلم بالإضطرار من دين الإسلام فساده وبطلانه ولا تحل الفتيا أو القضاء به وإن وقع فيه من وقع بنوع تأويل وتقليد .

ب - الكلام في الدين بالظن مع التقصير في معرفه النصوص وفهمهما وإستنباط الأحكام منها .

جـ - الرأي المتضمن تعطيل أسماء الرب وصفاته وأفعاله بالمقاييس الباطله التي وضعها أهل البدع والضلال من الجهميه والمعتزله والقدريه ومن ضاهاهم .

د-الرأي الذي أحدثت به البدع ، وغيرت به السنن ، وعم به لبلاء ، وتربي عليه الصغير ، وهرم فيه الكبير .

هـ - القول في شرائع الدين بالإستحسان والظنون

---

(١) أعلام الموقعين - أبن القيم - جـ١ - ص ٦٧ وما بعدها .

والإشتغال بحفظ المعضلات والأغلوطات ، ورد الفروع بعضها علي بعض قياسا دون ردها علي أصولها والنظر في عللها وإعتبارها .

– وبالنسبه لهذا النوع من الرأي فلا يوجد خلاف بين أولي العلم في أن الأنواع الأربعة الأولي تنسب إلي الرأي الباطل أما النوع الخامس فإنه يعبر عن رأي إبن القيم ومذهبه الخاص . إذ أن فقهاء المذهب الحنفي يكثرون من الإستدلال بالإستحسان والإعتماد عليه ، ويقول به بعض الحنابله ، وينسب إلي المالكيه القول به إذ يقولون برد الفروع علي الفروع المستنبطه بالقياس . (١)

٢- الرأى الصحيح :-

قسم إبن القيم الرأي الصحيح إلي أربعة أنواع : –

١– رأي فقهاء الأمه الذين شاهدوا التنزيل ، وعرفوا التأويل ، وفهموا مقاصد الرسول (رأي الصحابه) .

ب – الرأى الذي يفسر النصوص ، ويبين وجه الدلاله منها

(١) د./ يوسف قاسم – أصول الأحكام الشرعيه – دار النهضه العربيه – سنة ١٩٨٩ – ص ١٩٦ .

ويقرها ويوضح محاسنها ، ويسهل طريق الإستنباط منها .

جـ - الرأي الذي تواطأت عليه الأمه وتلقاه خلفهم عن سلفهم .

د- الرأي الذي يكون بعد طلب الواقعه من القرآن ، ثم من السنه إن لم يجدها في القرآن ، فإن لم يجدها في السنه ففيما قضي به الخلفاء الراشدين أو إثنان منهم أو واحد ، فإن لم يجده فيما قاله واحد من الصحابه إجتهد برأيه ونظر إلي أقرب ذلك من كتاب الله وسنه رسوله عليه الصلاة والسلام وأقضيه الصحابه .

٣- الرأي المشتبه فيه :-

أجاز الفقهاء العمل بالفتيا والقضاء بالرأي المشتبه فيه عند الإضطرار إليه ، وحيث لا يوجد منه بد ولم يلزموا أحداً العمل به ولم يحرموا مخالفيه ، ولا جعلوا مخالفته مخالفا للدين بل أنهم غيرا بين قبوله ورفضه (١)

- اثر الرأي (العداله) في تطور الشريعه الإسلاميه :-

لعب الرأي (الإجتهاد) دوراً كبيراً في تطور أحكام الشريعه

---

(١) أعلام الموقعين - إبن القيم - حـ ١ - ص ٥٥ .

الإسلاميه . وتم الإستعانه به بعد وفاه الرسول عليه الصلاه والسلام ، وإنقطاع الوحي الإلهي . فهو يعتبر المصدر الثالث من مصادر الشريعه الإسلاميه بعد القرآن والسنه . كما أنه أستخدم كوسيله لتكمله النصوص وتفسيرها وتطبيقها ، وسنتكلم عن ذلك فيما يلي : –

أولا : الرأي مصدراً من مصادر الشريعه الإسلاميه :-

ظهر الرأي في البداية كمصدر للأحكام الشرعيه ، في صورة القياس ثم ظهر الإجماع والإستحسان والمصلحه المرسله والعرف والحكم الذي يتوصل إليه عن طرق الرأي يكون ملزما لجميع المسلمين إذا كان موضع إجماع المسلمين أو صادراً عن ولي الأمر (خليفه المسلمين) إذا كان مجتهداً أو أنه صادراً عن فقيه وتبناه خليفه المسلمين وأمر بإتباعه .

أما إذا كان الحكم الإجتهادي صادر عن مجتهد فرد فإنه لا يعتبر حجه ملزمه لكافه المسلمين ، ولا يلزمهم إتباعه أو العمل به إذ الواقعه التي ظهر حكمها بالإجتهاد لامانع من أن تكون محلا للإجتهاد في كل زمن وبيئه إذ الإجتهاد السابق لا يمنع من إجتهاد

لاحق ما دام الحكم لم يكن موضع إجماع .

أما بالنسبه للمجتهد فإن الحكم يكون ملزما له ما دام باقيا عليه ، ولم يتغير رأيه فيه لأن الحكم الإجتهادي الذي توصل إليه هو الحكم الشرعي حسب ظنه ، فلا يجوز له إتفاقا أن يتركه ويقلد مجتهداً أخر يخالفه في حكم هذه المسأله لأن أساس كل منهما غلبة الظن فلا ترجيح لأحدهما علي الأخر ، كما أنه يعد حجه علي من يستفتيه لأم مذهب المستفتي هو مذهب مفتيه فيلزم إتباع قوله والأخذ بفتواه عند المحققين من الأصوليين . (١)

ثانيا : الراي وسيله لتكمله النصوص :-

أن أحكام العبادات الدينيه وردت في القرأن بنصوص قطعيه ثابته الدلاله . ولذلك ليس هناك مجالا للإجتهاد وبشأنها .

أما مسائل المعاملات فقد وردت المبادئ الكليه التي تتولي تنظميها ، ولكن بصوره عامه لم تتطرق إلي الجزئيات ولذلك ثار التساؤل عما إذا كانت نصوص القرآن والسنه شامله لكل الوقائع

---

(١) د./ محمد سلام مدكور - الإجتهاد في التشريع الإسلامي - دار النهضه العربيه - حـ١ - سنة ١٩٨٤ م - ص ١٣٩ وما بعدها

وبالتالي تتضمن حكما لكل واقعه أم أنها غير شامله لكل الوقائع وبالتالي لا تتضمن حكما لكل واقعه .

وبصدد الإجابه علي هذا التساؤل إنقسمت المذاهب الفقهيه إلي إتجاهين سنتناولهما بالتفصيل فيما يلي : -

الإتجاه الأول :

ويمثل هذا الإتجاه أهل الظاهر وجمهور الفقهاء . ويقرران أن النصوص شامله لكل الوقائع ، ومن ثم يوجد لكل واقعه حكم . وفيما يلي بيان ذلك : -

- مذهب أهل الظاهر : -

يقول أهل الظاهر أن الله تعالي قد بين للناس في كتابه (القرأن) وعلي لسان نبيه كل الشريعه والأحكام ولا تنزل بمسلم حاجه إلا ولها في كتاب الله وسنه رسوله حكم دون حاجه إلي الرأي أو القياس . وطريقتهم في إخضاع جميع الأحكام إلي النصوص تتمثل في أن الله سبحانه وتعالي أنزل الشريعه وفيها أمر ونهي وإباحه وجميع أفعال العباد لا تخرج عن هذه الثلاثة ، فما أمر به فهو واجب

أو مندوب ، وما نهي عنه فهو حرام أو مكروه وما سكت عنه فهو مباح باعتبار أن الأصل في الأشياء الإباحة .

ومن فقهاء هذا المذهب الإمام ابن حزم الظاهري الذي يؤكد هذا الرأي بقوله « كان الدين والإسلام لا تحريم فيه ولا إيجاب ثم أنزل الله تعالي الشرائع فما أمر به فهو واجب ، وما نهي عنه فهو حرام ، ومالم يأمر به أو نهي عنه هو مباح مطلق حلال كما كان هذا أمر معروف ضرورة بفطرة العقول من كل أحد ، ففي ماذا يحتاج إلي القياس أو إلي الرأي » . ويقول كذلك « فصح أن النص مستوعب لكل حكم يقع أو وقع إلي يوم القيامه ولا سبيل إلي نازله تخرج من هذه الأحكام الثالثة » . (١)

ويستدل إبن حزم الظاهري علي تقسم الأحكام إلي إلي أمر ونهي وإباحه بعدة أدله من القرآن الكريم والسنه النبويه فمن القرآن الكريم يستدل بقوله تعالي « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » (٢) وبقوله

---

(١) الأحكام في أصول الأحكام - لابن حزم الظاهري - المطبعه المنيريه سنة ١٣٤٥ أ - حـ١ - ص ٥٨٧ وما بعدها .

(٢) سورة الأنعام - الآيه (١٢٠)

تعالي « خلق لكم ما في الأرض جميعا » (١) .

ومن السنه يقول الرسول صلي الله عليه وسلم « إن الله إفترض عليكم فرائض فلا تضيعوها ، وحد لكم حدوداً فلا تعتدوها ، ونهاكم عن أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تكلفوها رحمه من ربكم باقبلوها » (٢) .

« ويستدل الإمام بن حزم علي شمول النصوص وإستيفائها لجميع الأحكام نصا بأدله كثيره منها قوله تعالي « وما كان ربك نسيا » (٣) . وقوله تعالي « ما فرطنا في الكتاب من شئ » (٤) . وقوله تعالي « اليوم أكملت لكم دينكم وأتمت عليكم نعمتي » (٥) . وقوله تعالي « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شئ » (٦) ، وقوله تعالي « لتبين

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٨) .

(٢) سنن الدار قطني – عالم الكتب – بيروت – لبنان – الطبعه الثانيه سنة ١٩٨٣ م . ص ٢٨٩ – ٢٩٧ .

(٣) سورة مريم – الآيه (٦٤) .

(٤) سورة الأنعام – الآية (٣٩) .

(٥) سورة المائده – الاية (٤) .

(٦) سورة لنحل – الآية (٨٩) .

للناس ما نزل إليهم » . (١)

مذهب الجمهور :-

يري جمهور الفقهاء أن نصوص القرآن والسنه محيطه بجميع أفعال العباد ، وكل ما ينزل بالمكلف له في شرع الله حكم ، لأنه لا تخلوا مسأله عن حكم ينظمها من الكتاب والسنه أو الإجتهاد الصحيح المستند إلي الكتاب والسنه (٢) .

الإتجاه الثاني :-

ويمثله بعض المعتزله الذين يقولون أن الأحكام الشرعيه شرعت لتحقيق مصالح معينه أو لدرء مفاسد معروفه ولذلك إرتبطت تلك الأحكام بعلل وأوصاف معينه وترتب علي ذلك القول بأن الأحكام الشرعيه معقوله المعني يعتني لها أصول وقواعد وعلل يكشف عنها العقل الإنساني ومن ثم يجوز إعمال العقل أو الرأي للوصول إلي تلك الأحكام .

---

(١) سورة النحل – الآية (٤٤) .

(٢) د/ الصادق عبد الرحمن الغرياني – الحكم الشرعي بين النقل والعقل » دار الغرب الإسلامي – بيروت – لبنان – سنة ١٩٨٩ – ص ١٢٠ .

وحجتهم في ذلك أنه ما من ساعه إلا وينزل بالناس ما هم محتاجون إلي معرفه حكم الله فيه ، وأن ما يقع لشخص يختلف عما يقع لغيره من سائر الناس ، والعادات والأعراف تتغير من إقليم إلي إقليم والشريعه عامه للجميع وبذلك تكون الحوادث غير متناهيه ، وهي بذلك تستدعي نصوصا غير متناهيه حتي يمكن ضبطها بضوابط الشرع ولما كانت النصوص محدوده من حيث الكم في الكتاب والسنه كانت غير وافيه لأن المحدد لا يفي بغير المحدود ، وهم لذلك أوجبوا التعبد بالقياس عقلا حتي لا تبقي حادثه بغير حكم (١) .

الإتجاه الراجح :-

يتضح مما سبق أن مذهب جمهور الفقهاء هو المذهب الراجح ، حيث أنه توسط بين الرأيين السابقين وقال بوجود نوعين من الأحكام ، أحكام العبادات وهي بطبيعتها لا تعلل أصلا وليس فيها مجال النظر ، وأحكام المعاملات وقد شرعت لتحقيق مصالح الناس ، ولكل حكم عله يدور معها وجوداً وعدما . ولذلك يجوز إعمال الرأي في المعاملات مع ملاحظة إختلاف المدارس الفقهيه من حيث الإكثار أو الإقلال من

---

(١) أعلام الموقعين – إبن القيم – المرجع السابق – جـ ١ – ص ٣٤ وما بعدها .

الإعتماد علي الرأي (١) .

بعض تطبيقات العداله كأداه لتكمله النصوص : -

إستعان الفهاء بالعداله (الرأي) كوسيله لاستنباط الأحكام الملائمه للمسائل الجديده التي لم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم أو في السنه النبويه ومن أمثله ذلك ما يلي : -

١- في مجال القانون العام : - لم تتعرض نصوص القرآن أو السنه لمسأله تولي الأمر بين المسلمين بعد وفاه الرسول ولهذا إستعمل المجتمعون في سقيفه بني سعد رأيهم وقرروا ضرورة أن يتولي إمام زمام الأمور في الدوله الإسلاميه وأسسوا ذلك علي أنه الخير ، وتم إختيارهم لسيدنا أبي بكر بإعتبار أن الرسول قد قبله بيانه عنه في الصلاه فيكون من باب أولي في شئون الدنيا .

٢- في مجال القانون الجنائي : لم يرد في الكتاب أو السنه نص خاص بعدد الجلدات التي توقع علي شارب الخمر . وقد إتفق الصحابه علي توقيع عقوبة مقدارها ٨٠ جلده علي شارب الخمر ،

---

(١) د./ صوفي أبو طالب - المرجع السابق - ص ٣٥٧ - ٣٥٨ .

هذه العقوبه تقررت بناءاً علي الرأي ، ومن قبيل ذلك أيضا قتل الجماعة بالواحد إذا إشتركوا في قتله . وفكرة التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي بالنسبه للجرائم التي لم يرد عنها نص في الكتاب أو السنه ، كانت علي أساس الرأي .

٣- في مجال القانون الخاص : من موضوعات القانون الخاص الذي قام حكمها إستناداً إلي الرأي ميراث الجد من الأخوه حيث لم يرد بشأنه نص في الكتاب أو السنه ، ولذلك إختلف الرأي حول نصيب الجد مع الإخوه في تركه حفيده .

فذهب البعض إلي أنه مثل الأب يحجب الإخوه ، أو يستحق التركه دونهم ، بينما ذهب آخرون إلي أن الإخوه يقاسمون الجد في التركه ويعتبر الجد كأحد الذكوربحيث لا يقل نصيبه عن السدس [١] . وهذا الرأي هو ما أخذ به قانون الميراث في مصر في الماده ٢٢ منه حيث تنص علي أنه « إذا إجتمع الجد مع الإخوه والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان : الأولي أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثا أو إناث يعصبن مع الفرع الوارث من الإناث . الثانيه ،

---

(١) د./ محمد سلام مدكور - الوصايا في الفقه الإسلامي - سنة ١٩٥٨ - ص ١٠٦ .

أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كانت المقاسمه أو الإرث بالتعصيب علي الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه من السدس ، إعتبر صاحب فرص بالسدس »

ثالثا : الراى (العداله) وسيله لتفسير وتطبيق النصوص :

إستخدم الفقهاء الرأي (العداله) في فهم النصوص بغيه الوقوف علي علل الأحكام ومن ثم تحديد مجال تطبيها . وكان من أثر ذلك أنهم تطلبوا – في تفسير النصوص – الأخذ بروح النص لا بحرفيته ومراعاة مصالح الناس وتحقيق العداله بينهم . ومن أمثله ذلك ما يلي : –

١- في مجال القانون العام :

أ- إعتمد سيدنا عمر علي العداله (الرأي) في تفسير وتطبيق النصوص المتعلقة بالغنائم بأن راعي مصلحة المجتمع الإسلامي وقرر ترك الأراضي التي فتحها الجنود المسلمين في أيدي أصحابها وفرض عليهم الخراج ، ولم يقم بتوزيعها علي المسلمين . (١)

---

(١) محمد جمال عيسي – المرجع السابق – ص ١٠٨ .

ب - تفسير النص القرآني الخاص بسهم المؤلفة قلوبهم وفقا لمبادئ العداله والإنصاف من قبل عمر بن الخطاب ، بحيث فسره وفقا للمصلحه التي لأجلها كان النص القرآني . إذ رأي أن الحكمه التي أدت إلي تقرير الحكم الشرعي الذي يتضمن هذا النص وهو إعطاء المؤلفة قلوبهم نصيباً من الزكاه قد زالت بسبب عزة الإسلام وعدم حاجته إلي من تتألف قلوبهم ومن ثم منع سهم المؤلفة قلوبهم وإمتنع عن دفع جزء من الزكاه لهم ووافقه علي ذلك بقيه الصحابه . (١)

٢- في مجال القانون الجنائي :-

ظهر أثر الرأي في تفسير نصوص القانون الجنائي ، ومن أمثله ذلك ما يلي : -

أ- إيقاف تطبيق حد السرقه في عام المجاعه من قبل عمر بن الخطاب وذلك إستناداً إلي العدابه . حيث رأي أن إنتفاء علة حكم السرقه في عام المجاعة هو الذي أسقط الحد عن السارق . وكذلك

---

(١) د./ صوفي أبو طالب – المرجع السابق – ص ٣٦١

عدم إقامة حد السرقه علي المسلمين في دار الحرب إستناداً إلي أن علة هذا الحكم هو دفع ما يلحق بالمسلمين من ضرر إذا أقاموا حد السرقه في دار الحرب .

ب - لجأ الفقهاء أيضا إلي الرأي في بيان العقوبه التي توقع علي شارب الخمر ، حيث لم تتضمن نصوص القرآن ولا السنه النبويه نصا ليبين العقوبه التي توقع عليه . وقرروا أن عقوبه شارب الخمر هي جلده ثمانين جلده .

جـ - إستند الفقهاء إلي فكره العداله ، وقرروا أن للحاكم أو القاضي سلطه التعزير علي المجرمين الذي يرتكبوا جرائم لم تحدد عقوبتها في القرآن أوالسنه ، بأن يحدد العقوبه التي يراها واجبه طبقا لما تقضي به العداله وظروف كل جريمه .

٣- في مجال القانون الخاص :

إستخدم الفقهاء والمسلمين الرأي في تفسير نصوص القانون الخاص . ومن أمثله ذلك ما يلي : -

أ- الإستناد إلي العداله (الرأي) في تفسير النص الوارد في

السنه والذي يقضي بأنه « لا ضمان علي مؤتمن » . حيث أن تطبيق هذا النص تطبيقا حرفيا علي الصناع بإعتبارهم مودع لديهم يؤدي إلي الإستهانه في المحافظه علي أموال الناس التي في أيديهم حيث لا يضمنون ما بين أيديهم إلا إذا ثبت تعديهم . لذلك ذهب الفقهاء ، بدافع المحافظة علي مصالح الناس – إلي تضمينهم ما في أيديهم .

ب – إستعان الفقهاء بالرأي لتحقيق العداله في بعض المسائل المتعلقة بالإرث . من ذلك إرث الإخوة الأشقاء مع الإخوه لأم وهي المسألة المعروفه باسم (المسأله المشتركه) . فتطبيق القواعد العامه في هذا الصدد يؤدي إلي أن يأخذ الأخوه الأشقاء ميراثهم بالتعصب . وفي بعض الحالات قد لا يتبقي لهم شئ يأخذونه بهذا الوجه بينما يأخذ الأخوه لأم الثلث .

أخذ فريق من الفقهاء بمنطق القواعد العامه بينما ذهب فريق أخر إلي تغليب العداله فأشرك الأخوه الأشقاء مع الأخوه لأم في الثلث بإعتبار أن الجميع يشتركون في الإدلاء إلي المتوفي بالأم .

جـ – منع الإمام أبو حنيفه الحجر علي الشخص بسبب سفهه ،

أي لتبذيره وإسرافه في الإنفاق وتحمله الغبن الفاحش في معاملاته وتصرفه في أمواله لغير غرض معقول ما دام حافظا لتراه العقليه لأنه إذا حجر عليه أهدرت آدميته وذلك أشد ضرراً عليه من التبذير .(١) .

(١) علي بدوي – المرجع السابق – ص ٧٥ ، ٧٦ .

المبحث الثالث

دور العداله في تطور القوانين الحديثه

ما زالت العداله وسيله لتطور القانون في العصر الحديث ، إذ ما زالت تعد عنصرا أساسيا من الناحيه الفلسفيه في بيان أساس القانون ، ومصدراً من مصادره ، وعنصرا تكميليا له من الناحيه العمليه . ولهذا فإننا سنتكلم عن العداله من الناحيه الفلسفيه والعمليه، وذلك فيما يلي : -

العداله من الناحيه الفلسفيه :-

تختلف نظرة الفقهاء والفلاسفه إلي العداله في بيان أساس القانون ، فأنصار المثاليه يرون أن العداله قيمه أساسيه تعلو علي القانون ، وأنه يجب أن يحققها حتي يتصف بالشرعيه وينال إحترام الناس له . أما أنصار الشكليه فإنهم يرون أن العداله لا تعلو علي القانون لأنها تتحقق من خلال القانون ذاته ، وذلك حينما يطبق تطبيقا سليما ، وبالتالي لا يربطون شرعيه القانون بالعداله ، وإنما يربطونها بالسلطه الصادر عنها القانون .

وحيث أن العداله هي أساس القانون من وجهة نظر الفكر المثالي ، فإننا سنبين تطور نظريه القانون الطبيعي كنظريه مثاليه في القانون تربط شرعيه القانون بالعداله .

نظرية القانون الطبيعي :

سادت هذه النظريه في المانيا وفرنسا وإيطاليا منذ القرن الثامن عشر . وهي تقوم علي أساس أنه يوجد قانون طبيعي ثابت في كل زمـــان ومكان ، هو المثل الأعلي الذي يجب علي المشـــرع أن يستوحي منه قانونه الوضعي بما يهديه فكره وعقله . وظهر أثر هذه النظريه في القوانين التي صدرت في بدايه القرن التاسع عشر ومن أهمها قانون نابليون .

– ثم تدهوت هذه النظريه وفقدت سيادتها في الفكر القانوني في القرن التاسع عشر عندما ظهرت المدرسه التاريخيه الألمانيه علي يـد الفقيـه الألماني سافيني ، التي تعتبر القانون ثمـره تطـور الحياه الإجتماعيـه لا وليد إرادة المشرع ولا نتيجه لمبادئ طبيعيه ثابته . (١)

---

(١) د./ سليمان مرقص – مذكرات في فلسفه القانون – دبلوم القانون الخارجي – جامعه القاهره – ١٩٧١ – ص ٢٤٨ وما بعدها .

ثم بعثها أنصارها من جديد في فرنسا ، بشكل جديد تحت مسمي نظرية القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيره ، والتي سارت علي هدي المدرسه التاريخيه في المانيا ، بإعتبار أن هذا القانون وليد البيئه ، وأنه يتغير بتغير الزمام والمكان وأنه يساير تطور المجتمع بإستمرار . وأنه لابد للمشرع من نبراس يهتدي به عند وضع القواعد القانونيه وهذا النبراس هو مثل أعلي لما يجب أن يكون عليه القانون في البيئه المعينه التي يقوم فيها مشرع معين ، وهذا المثل الأعلي يدركه الإنسان بعقله السليم ويختلف بإختلاف الأزمنه والأمكنه ويجب أن يستلهمه المشرع . (١)

العداله من الناحيه العمليه :-

يقتضي الحديث عن العداله من الناحيه العمليه أن نتناولها بالدراسه في النظام القانوني الفرنسي ، وفي النظام القانوني المصري وذلك فيما يلي : –

---

(١) د./ سليمان مرقص – المرجع السابق – ص ٢٤٩ وما بعدها .

أولاً : النظام القانوني الفرنسي :-

أن سيادة الشكليه في النظام القانوني الفرنسي توجب علي القاضي أن يطبق أحكام القانون الوضعي حتي ولو تعارضت نصوصه الصريحه مع إعتبارات العداله . وعلي الرغم من ذلك يلجأ القاضي الفرنسي أحيانا إلي فكرة العداله للتخفيف من جمود النص القانوني والمواءمه بين القانون والواقع الإجتماعي وتحقيق العدل وتفادي الظلم في حالتين : الأولي عند وجود نص قانوني وبناء علي إحاله المشرع له باللجوء إليها في تطبيق القانون . والثانيه في حاله عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه للفصل فيه والذي لم يتناوله المشرع بالتنظيم . وسنبين هذين الحالتين فيما يلي : -

١- حالة وجود نص :-

أن المشرع الفرنسي قد يميل القاضي إلي قواعد العداله ، حتي مع وجود النص القانوني . وهذه الإحاله قد تكون صريحه وقد يكون ضمنيه ، ونبين ذلك فيما يلي : -

أ- الإحاله الصريحه للقاضي علي العداله :

يتضمن القانون الوضعي الفرنسي قواعد قانونيه كثيره تحيل القاضي صراحه إلي مبادئ العداله في تطبيقه للقانون كما في الأحوال الآتيه : -

(١) أن المشرع الفرنسي قد أحال القاضي صراحه إلي العداله بموجب الماده ١١٣٥ مدني فرنسي ، أثناء تفسيره لمضمون العقد ، وذلك تقديرا منه بأن مضمون العقود لا ينصب فقط علي ما تحمله المشارطات بين دفتيها ، بل أنه يتضح أيضا من خلال العداله . (١)

وقد أيد الفقه الفرنسي هذا النوع من الإحاله . إذ أن البعض منه قد علق علي هذه الإحاله بقوله « أن العداله كمفهوم فلسفى مجرد تقتضي وجود تلاؤم في العقود المستمره بين الآداء العقدي والظروف المتغيره ، فإذا أدي تغير الظروف إلي أن يصبح تنفيذ الآداء غير عادل جاز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد بالصورة التي تضمن

---

(١) راجع رسالتنا للدكتوراه بعنوان « دور القضاء في التوفيق بين القانون الواقع » دراسه في فلسفه القانون – سنه ١٩٩٦ – ص ٢٧٢ جامعه عين شمس .

للمدين تنفيذاً عادلا لا يشوبه الإجحاف » (١) .

(٢) أن الماده (٣/١١٣٤) من التقنين المدني الفرنسي تفرض علي الطرفين المتعاقدين واجب تنفيذ الإلتزام التعاقدي بحسن نيه ، وهذا المبدأ الأخير لمبدأ حسن النيه يقتضي مراعاه العداله في تطبيقه .

(٣) الماده (٢/١٢٤٤) من التقنين الفرنسي تجيز للقاضي من أجل الإلتزام بمراعاة الظروف ، وبالنظر إلي مركز المدين علي أن يؤخذ الموقف الإقتصادي بعين الإعتبار وبنفس الروح . والماده (٣/١١٨٤) من التقنين المدني الفرنسي التي تجيز للمحكمه أن تمنح للمدعي عليه أصلا للوفاء بمراعاة الظروف .

---

(١) stoya novitch " de l'interwention du juge dans le contrat". thèse- Aix -p.227 .

وقد عبر الفقيه الفرنسي بوتييه عن العداله كأساس للعقود في بدايه مؤلفه ، الإلتزامات – الصادره سنة ١٩٤٨ ، في الصفحه رقم ٢٠ بقوله « سينبغي أن تسود العداله العقود ، وتبعا لذلك ، ففي العقود الملزمه للجانبين ، وحيث يعطي أحد المتعاقدين للأخر شيئا زو يقوم بعمل ويحصل علي مقابل لما قدمه . ويكفي أن يلحق الغبن أحد المتعاقدين حيث يعيب العقد حتي ولو لم يقم الطرف الأخر بأيه حيله من الحيل لأنه بذلك ينحرف عن العداله التي ينبغي أن تسود فيها » .

(ب) الإحاله الضمنيه للقاضي :

يتضمن القانون الوضعي الفرنسي قواعد قانونيه كثيره تحيل القاضي ضمنا إلي قواعد العداله ، بأن تترك له حريه واسعه في التقدير كما هو الشأن في نصوص القانون الجنائي التي تحدد للعقوبه حداً أقصي وحداً أدني ، وتترك للقاضي بين هذين الحدين حريه تقدير العقوبه وفقا لما يمليه عليه شعوره بالعداله ، وهوما يعرف بتفريد العقوبه .

وكما هو الأن في نصوص القانون المدني التي يستخدم فيها المشرع عبارات عامه ويترك للقاضي تحديد المقصود بها وفقا لإعتبارات العداله . كالنصوص الذي يستخدم فيها المشرع عبارات تعتمد علي العداله في تفسيرها مثل عباره (طبقا للعرف السائد) ، (الأب الطيب الأسره) (الحرص النهائي العادي) .

٢- حاله عدم وجود نص :-

يلجأ القاضي في فرنسا إلي فكرة العداله مباشره ، حينما لا يجد نصا يفصل بمقتضاه في الدعوي المنظوره أمامه ، من أجل خلق

مبادئ جديده تحقق العداله وتمنع الظلم . ومن يراجع النظام القانوني الفرنسي سواء في مجال القانون الخاص أو العام سيجد العديد من الأمثله التي تحيل القاضي إلي فكره العداله .

ثانيا : *النظام القانوني المصري* :-

سمح المشرع المصري للقاضي باللجوء إلي فكره العداله لإختفاء طابع المرونه علي القانون في حالة وجود نص قانوني ، وليستلهم منها الحكم القانوني في حالة عدم وجود نص قانوني ينظم المسأله المعروضه عليه . ونوضح ذلك فيما يلي : -

١- حالة وجود نص :-

أحال المشرع المصري القاضي إلي فكرة العداله مع وجود النص القانوني . وهذه الإحالة قد تكون صريحه وقد تكون ضمنيه . ونبين لذلك فيما يلي : -

أ - الإحاله الصريحه إلي فكرة العداله :-

يحتوي القانون المدني المصري بين دفتيه للعديد من القواعد

التي تحيل القاضي صراحه إلي فكرة العداله ، ومن أمثلتها ما يلي:-

(١) الماده (٩٣١) مدني مصري ، والتي تتعلق بإلتصاق منقولان مملوكان لمالكين مختلفين . وفقد أحالت القاضي إلي قواعد العداله ليسترشد بها للحكم بين الطرفين في حالة إختلافهما مع مراعاة الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نيه كل منهما .

(٢) الماده (٩٥) مدني مصري والتي تحيل القاضي لأحكام القانون والعرف والعداله حينما يحدث خلاف بين أطراف العقد حول المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها .

(٢) الماده (٢/١٤٨) مدني مصري ، والتي تحيل القاضي صراحة في تحديده لمستلزمات العقد ، إلي العرف والعداله .

(٤) الماده (١٤٩) منحت للقاضي سلطه تعديل الشروط التعسفيه أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به قواعد العداله .

(٥) الماده (١٤٧) والتي أجازت للقاضي في حالة الظروف

الإستثنائيه أن يرد الإلتزام المرهق إلي الحد المعقول ، وذلك وفقا للظروف ومراعاة مصلحة الطرفين .

ب - الإحاله الضمنيه إلي فكره العداله

يتضمن القانون الوضعي المصري العديد من القواعد القانونيه التي تحيل القاضي ضمنا إلي العداله وهو بصدد تطبيقه للقانون . ومن أمثله ذلك نصوص القانون الجنائي التي تحدد للعقوبه حداً أدني وحداً أقصي تاركه للقاضي الحريه الكامله في أن يحكم بالعقوبه التي يراها مناسبه وتحقيق العداله فيما بين هذين الحدين . وكقواعد القانون المدني التي يترك فيها المشرع للقاضي تحديد المقصود ببعض عبارتها كالعباره الوارده في نهاية الماده (٢/١٥٠) من التقنين المدني وهي (وفقا للعرف الجاري في المعاملات) .

٢- حالة عدم وجود نص

أباح المشرع المصري في التقنين المدني القديم للقاضي اللجوء إلي فكرة العداله ليستلهم منها الحكم في حالة عدم وجود نص قانوني بأن أحال القاضي المختلط في حالة عدم وجود نص إلي مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العداله والإنصاف ، حيث تنص الماده (٥٢) من لائحـه ترتيـب المحـاكم المخـتلطـه علي أنه « إذا لم يوجـد في القانون نص ينطبـق علـي الحاله المعروضه أو كان النص قاصـراً أو غـامضـاً يتبع القـاضـي مـبـادئ القـانون الطبـيـعي وقـواعـد العـدل والإنصاف » .

كما أحال القاضي الوطني إلي قواعد العدل حيث تنص الماده (٢٩) من لائحـه ترتيب المحـاكم الوطنيـه علي أنه « إن لم يوجـد نص صـريح بالقـانون يحكم بمقـتـضـي قـواعـد العـدل ، ويحكم في المواد التجاريه بمقتضي تلك القواعد أيضا وبموجب العادات التجاريه » .

– وفي القانون المدني الجديد أباح المشرع للقاضي الرجوع إلي قواعد العداله في حالة عدم وجـود نص يحكم بمقـتـضـاه أو عرف أو مـبـدأ من مـبـادئ الشـريعه الإسـلاميـه ، حيث تنص الماده الأولي من القانون المدني المصري علي أنه « تسري النصوص التشريعيه علي جميع المسائل التي تتناولها هـذه النصوص في لفظها أو في فحواها . فـإذا لم يوجـد نص تشـريعي يمكن تطبيـقه حكم القاضي بمقـتـضـي العرف فإذا لم يوجد ، فبمقتضـي مبادئ الشريعه الإسلاميه ، فإذا لم

يوجد فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العداله » .

وقد إستند القاضي المصري إلي قواعد العداله في تقرير . حماية الملكيه الأدبيه ، وذلك قبل أن يتناولها المشرع بالتنظيم من خلال القانون رقم ٣٥٤ لسنه ١٩٥٤ .

الفصل الثالث

التشـــريع

تعريفه :

التشريع هو إصدار النصوص القانونيه من هيئه تشريعيه ، أي من سلطه قائمه بسن القوانين في البلاد ، سواء كانت هذه السلطه فرداً مستأثراً بالحكم أم أقليه تنفرد بولاية الأمر ، أم مجلسا ديمقراطيا يتألف من الشعب . (١)

وهذه السلطه العامه التي تصدر التشريع تختلف تبعا لإختلاف نظام الحكم في الدول . ففي الدول الديمقراطيه تتولي مهمة التشريع

---

(١) أنظر / علي بدوي – أبحاث التاريخ العام للقانون – المرجع السبق – ص ٩٣ – حيث قد أشار في الهامش إلي أن لفظ التشريع يمكن أن يستعمل بمعنيين : معني عام يقصد به وضع القواعد القانونيه أو إستنباطها بصرف النظر عن نوع مصدرها سواء كان هذا المصدر القضاء أو الفقه أو العرف أو الحكومه وهذا المعني العام مسلم به عند فقهاء القانون الأوربي ومؤرخيه ، وكذلك عند فقهاء الشريعه الإسلاميه ، ومعني خاص يقصد به تعبير عن إراده السلطة العامه بقصد إصدار قاعده قانونيه والزام الناس بإحترامها .

هيئه نيابيه في شكل مجلس واحد أو مجلسين . ففي إنجلترا مثلا يتم سن القوانين بواسطه الملك في مجلس العموم ومجلس اللوردات وفي فرنسا تقوم الجمعيه الوطنيه بسن القوانين ، وفي مصر قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ كانت القوانين تسن بواسطه الملك بالاشتراك مع مجلس النواب ومجلس الشيوخ . أما في الوقت الحاضر فإن مجلس الشعب هو الذي ينفرد بسن اقوانين . وفي الدول الإستبداديه تكون السلطه مركزه في يد الحاكم بمفرده أو في يد أقليه تنفرد بولايه الأمر . (١)

ظهور التشريع :-

يعد التشريع أخر وسيله من وسائل تطور القانون من الناحيه الزمنيه ، لأنه ظهر بصفه عامه في فتره لاحقه لظهور الحيله القانونيه والعداله وذلك عندما بلغت الجرأه علي النصوص والنظم درجه أجازت تعديلها وإلغاءها بطريقه واضحه وظاهره متمثله في نصوص جديده . كما أنه آخر وسائل تطور القانون التي يتم بها تمشي القانون مع تطور المجتمع .

---

(١) د./ محمد جمال عيسي – المرجع السابق – ص ١٢١ .

دور التشريع في تطور القانون :-

ونتناول بالداسه هنا دور التشريع في تطور القانون الروماني ، والشريعة الإسلاميه والقوانين الحديثه وذلك فيما يلي : -

اولا : دو التشريع في تطور القانون الروماني :-

مر التشريع في روما بعدة مراحل تبعا للسلطه التي كانت تصدره ، فكان صادراً من مجالس الشعب في عهد الجمهوريه ، ومن مجلس الشيوخ والإمبراطور في عهد الإمبراطوريه العليا ، ثم من الإمبراطور وحده في عهد الإمبراطوريه السفلي .

وفي العصر الملكي كان هناك إختلاف بين الفقهاء بشأن وجود التشريع كمصدر للقانون . إذ يري البعض أن التشريع كان مصدراً من مصادر القانون الروماني في هذا العصر ، إذ أنه قد صدرت خلاله بعض القوانين الملكيه من المجالس الشعبيه بناءاً علي إقتراح الملك وتصديق مجلس الشيوخ . ويري الغالبيه اللعظمي من الفقهاء أن المجالس الشعبيه لم يكن لها إختصاص تشريعي في العصر الملكي وأن العرف كان هو المصدر الوحيد للقانون . (١)

---

(١) د./ محمد نور فرحات – القانون في الحضارات الغربيه القديمه – القانون الروماني والقانون الأنجلوسكسوني – سنة ١٩٩٥ – ص ٣٧ .

أما في العصر الجمهوري بدأ يزداد دورر التشريع إلي جوار العرف الذي ظل المصدر الرئيسي للقانون الروماني . ومن أهم القوانين التي ظهرت في هذا العصر تلبيه للظروف المختلفه للمجتمع قانون الألواح الإثني عشر الذي صدر حوالي سنة ٥٤١ ق . م لوضع حد للنزاع بين الأشراف والعامة ، وقانون كانوليا الصادر عام ٤٤٤ ق . م والذي أباح الزواج بين الأشراف والعامه ، وقانون هوتنسيا الصادر بين عامي ٢٨٨، ٢٨٥ ق . م الذي جعل القوانين الصادره من مجالس العامه نافذه علي جميع الأهالي من الأشراف والعامه علي السواء .

وقانون إيبوتيا الصادر سنة ٢٠٠ ق .م الذي قرر للحاكم القضائي حق منح برنامج كتابي لصاحب الدعوي بعد سماع دفاع طرفي الخصوم بدون إجراءات رسميه . وقانون أثينا الصادر حوالي عام ١٥٠ ق. م الذي منع تملك الأموال المسروقه بالتقادم حتي ولو كان واضع اليد حسن النيه .

أما في العصر الإمبراطوري بشقيه (الامبراطوريه العليا والسفلي) أصبح التشريع واسع النطاق وظهر أثره في تطور القانون

الروماني بجانب الوسائل الأخري . وأصبح مجلس الشيوخ في عصر الإمبراطوريه العليا يمارس سلطه التشريع بعد أن إنتقلت إليه السلطه تدريجيا من المجالس الشعبيه . وإنتهي الأمر في عصر الإمبراطوريه السفلي بأن أصبحت إرادة الإمبراطور هي المصدر الوحيد للقانون . ومن ثم أصبح التشريع هو الوسيله الوحيده لتطور القانون الروماني .

ثانيا: دور التشريع في تطور الشريعه الإسلاميه :-

يراد بالتشريع في الشريعه الإسلاميه أحد معنيين : أحدهما إيجاد شرع مبتدأ ، وثانيهما حكم تقتضيه شريعه قائمه والتشريع بالمعني الأول هو لله سبحانه وتعالي ، حيث أنه قد أنزل إبتداءاً القرآن كتشريع سماوي ينظم المجتمع ، أو السنه النبويه التي أنزلت علي سيدنا محمد من طريق الوحي والتشريع بهذا المعني قد لعب الدور الرئيسي في تطور الأحكام الشرعيه في عهد الرسول عليه الصلاه والسلام الذي كان يبلغنا بالأحكام الشرعيه سواء كان مصدرها الوحي الإلهي المتمثل في القرآن الكريم أو الوحي الإلهي المتمثل في السنه النبويه الشريفه . أما بعد وفاه الرسول عليه الصلاه والسلام

وانقطاع الوحي الإلهي إنتهي دور التشريع بهذا المعني .

أما التشريع بمعناه الثاني ، أي بمعني الكشف عن الأحكام الشرعيه بواسطه الإجتهاد فإنه قد لعب دوراً كبيرا في تطور أحكام الفقه الإسلامي منذ وفاه الرسول عليه الصلاه والسلام وحتي الآن ، إذ حددت أحكام تشريعيه كثيره مصدرها الإجتهاد ، قد تعرضنا لها من قبل ونحن بصدد تبيان دور العداله في تطوير الشريعه الإسلاميه . ولذلك لا داعي هنا للتكرار .

ثالثا : دور التشريع في تطور القوانين الحديثه :-

يعتبر التشريع في القوانين الحديثه هو الوسيله الوحيده لتطورها . ويرجع ذلك إلي تعاظم دور التشريع في بدايه القرن التاسع عشر بسبب إحتياج المجتمع الرأسمالي إلي اداه تتسم بالدقه والوضوح والثبات تتولي تنظم التطور الهائل في ظروفه المختلفه من تجاريه وصناعيه وسياسيه وذلك من أجل ضمان التصور المستمر والمنتظم للعلاقات الإقتصاديه والإجتماعيه الجديده والمعقده وكان التشريع وحده هو هذه الأداه لأنه هو وحده المؤهل لحكم هذه العلاقات المتغيره . فهو الذي يسمح للفقهاء بحساب المتغيرات المختلفه التي

تترتب علي تطبيقه وهو الآداه السريعه التي لا تحتاج إلي وقت كبير وإلي وجودحكومات منظمه وإزدياد رقابة الدول علي كافة نواحي النشاط الإجتماعي ، وإلي قيام هيئات كامله العده لمتابعه الرأي العام وظروف الحياه والسير بالنصوص القانونيه مع ما تقتضيه الظروف الإجتماعيه . (١)

وصاحب إزدياد أهميه التشريع ظهور فكرة التقنين بمعني إدماج الأحكام المطبقة فعلا والمتعلقه بفرع من فروع القانون في مجموعه واحده تصدر من السلطه صاحبه التشريع في شكل قانون سواء كان مصدر تلك الأحكام عرف أو قانون مكتوب وأول التقنينات التي ظهرت في العصر الحديث هو التقنين الفرنسي الذي صدر في عهد نابليون بونابرت بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ (القانون المدني) ، وقانون الإجراءات المدنيه في ٢٤ إبريل سنة ١٨٠٩ والقانون التجاري سنة ١٨٠٧ ، وقانون الإجراءات الجنائيه سنة ١٨٠٩ وقانون العقوبات سنة ١٩١٠ .

وقد أثرت مجموعة نابليون علي مشرعي الدول الأخري ،

---

(١) إنظر / علي بدوي – المرجع السابق – ص ٨٩ .

ودفعتهم إلي تدوين قوانينهم ، ومن الدول الذي تأثرت بهذه المجموعه مصر حيث صدرت القوانين المختلطه سنة ١٨٧٦ وهي القانون المدني والتجاري والبحري والمرافعات والعقوبات والإجراءات الجنائيه .

وفي سنة ١٨٨٣ صدرت قوانين أهليه مماثله للقوانين المختلطه لتطبقها المحاكم الوطنيه . وبعد إلغاء المحاكم المختلطه في ١٥/١٠/١٩٤٩ بموجب معاهده مومترو سنة ١٩٣٧ صدرت المجموعه المدنيه الجديده ومجموعة المرافعات في ١٥/١٠/١٩٤٩ ، وصدر قانون الإجراءات الجنائيه الجديده تحت رقم ١٥٠ سنة ١٩٥٠ . وهذه القوانين ما زال يجري عليها التعديل حتي الآن لكي تتناسب مع الظروف المختلفه للمجتمع .

تم بحمد الله .

النظرية العامة للالتزامات

فى القانون الرومانى

الإلتـــــزامـــات

تعريف الالتزام وبيان أركانه[1]:

الالتزام وفقا للقانون الرومانى هو عباره عن رابطه قانونيه بين شخصين . بمقتضاها يلتزم أحدهما بأن يوفى إلى الطرف الآخر بأمر معين سواء كان باعطاء شيئ أم بالقيام بعمل أم بالإمتناع عن عمل .

وقد عرف جستنيان الالتزام فى كتابه النظم « بأنه رابطه قانونيه تجبرنا بحكم قانوننا المدنى على أداء شيئ من الأشياء » .

وعرفه الفقيه بول بقوله « إن جوهر الالتزام ليس فى حصولنا على شيئ أو على إتفاق ، ولكنه يخول لنا جبر الغير على أن يعطينا شيئ ، أو أن يقوم بعمل أو أن يقدم إلينا شيئا ما . (الموسوعه – ٤٤ – ٧ – ٣– بدايه) .

وإذا نظرنا إلى تعريف بول نجد أنه يركز على فكرة الواجب -de

---

(١) د/ عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البراوى – القانون الرومان – القاهره – سنه ١٩٥٠، ص ٤ ومابعدها – د/ شفيق شحاته – المرجع السابق – ص ٥٩ ومابعدها – د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٠١ ، د/ محمود سلام زناتى المرجع السابق – ص ١١٠ ، جيرار – المرجع السابق – ص ٢٨٥ .

voir ، ويجعلها تحتل المكانه الرئيسيه لفكرة الالتزام ، مع أن فكرة الإرغام أو الإجبار تبدوا جليه من خلال التعريف وذلك من خلال الكلمات الآتيه "mobis obstringet" .

وعلى العكس نجد أن تعريف جستنيان الوارد فى النظم يسمح بالتمييز الواضح بين عنصرى الواجب ، والإلزام أو الإجبار ، ويغلب الخاصيه القانونيه الضروريه المتمثله فى إنجاز العمل أو الآداء الملتزم به المدين قبل الدائن (١) .

والتعريف الذى قال به جستنيان للالتزام هو التعريف الذى يتناقله الكتاب إلى وقتنا هذا ، وهو الذى يجعل للالتزام ، كيانا قائما بذاته ، فهو يجعل منه علاقه قانونيه ما بين شخصين ، أثرها وجوب قيام أحدهما بأداء عمل لمصلحه الطرف الآخر ، بحيث يعتبر التخلف عن الوفاء مستوجبا للجزاء الذى رسم القانون طريقه .

أركان الالتزام :

من التعريف السابق يتضح لنا أن أركان الالتزام فى القانون الرومانى هى :

---

(١) R. MONIER "Manuel de droit Romain 5 ème Édution DOMAT : Montchrestien , Paris , 1954 . T.2. p. 9 .

أولاً : إن الالتزام ينشأ رابطه قانونيه :

فالإلتزام له طرفان : الدائن صاحب الحق والمدين الخاضع للحق ، وهذا الالتزام يخلق بين الشخصين رابطه قانونيه بمقتضاها يستطيع أحد الطرفين وهو الدائن creditor مطالبه الآخر وهو المدين Debri-tor بأداء معين ، فعلاقه الالتزام تضع المدين في حالة تبعيه في مواجهة الدائن إذ أن هذا الأخير من حقه إقتضاء أعمال معينه من المدين الذى كان من الممكن إلزامه بها لولا الرابطة القانونية بينهما .

ثانيا : محل الالتزام "objet de l'obligation" :

إن هذه الرابطه القانونيه يتولد عنها إلتزام أحد الطرفين بأداء أعمال معينه لصالح الطرف الآخر ، وهو ما يعرف بمحل الالتزام .

ومحل الالتزام إما أن يكون إلتزام بإعطاء شيئ ، أى بنقل ملكيه شيئ كالتزام المدين فى عقد القرض بنقل ملكيه المبلغ الذى اقترضه عند الوفاء ، والتزام المشترى بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجره . وإما إلتزام بعمل شيئ كالتزام المقاول بإقامة البناء أو التزام المؤجر بتسليم محل الايجار للمستأجروإما أن يكون الالتزام بالإمتناع عن عمل مثل التزام الجار بعدم المرور فى أرضى الجار أو إلتزامه بعدم بناء أرضه ، وكالتزام بائع المحل التجارى عن الإتجار فى نفس السلع فى

الحى الموجود به المحل المباع ، أو الامتناع عن إرتكاب غش (١) .

ويضيف بول إلى ذلك نوعاً آخر من الالتزام أسماه Praestare ، وهو أن يلتزم شخص بأن يضع تحت تصرف شخص آخر شيئا معينا دون أن ينقل إليه الملكيه ، كالتزام البائع قبل المشترى بنقل وضع اليد الهادى المستمر على الشيئ المبيع ، إذ أن تنفيذه لالتزامه هذا يعفيه من رجوع المشترى عليه بالضمان .

وينبغى أن يكون محل الالتزام ذا قيمه ماليه ، ولذلك فوجود رابطه الالتزام بين شخصين يستتبع تغييرا فى الذمه الماليه لكل منهما . فالإلتزام يضيف إلى ذمة الدائن قيمة ماليه ، ويلقى فى ذات الوقت بعبئ جديد فى ذمة المدين (٢) .

ثالثاً: الجزاء (٣):

إن تنفيذ محل الإلتزام يكفله جزاء قانونى ، فالدائن لديه الوسائل القانونيه اللازمه لإجبار المدين على تنفيذ الالتزام إذا لم يقم به طواعيه.

(١) د/ بدر البرارى – المرجع السابق – ص ٥ ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق– ص ٤٠٥ – د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ١١٠ .

(٢) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٠٥ – د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ١١١ .

(٣) د/ بدر والبدراوى – المرجع السابق ، ص ٥ ومابعدها ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٠٦ .

واختياراً . وتتمثل وسائل الدائن فى تنفيذ الالتزام فى إستخدام الدعوى، أى الحق فى الالتجاء إلى القضاء للمطالبه بتنفيذ ما هو مستحق له .

وهناك بعض الالتـزامـات التى قـد حـمـاها القـانون الرومـانى باسـتـخدام وسـيله أخـرى أطلق عليـها الدفع . وهذه الالتـزامـات هى الالتزامات الطبيعيه ، التى لاتعطى الدائن حق إجبار المدين على الوفاء بدعـوى قـضـائيـه ، ولكنهـا تـعطيـه حق الدفع بوجـودها إذ طالب المدين بإسترداد مايكون قد أوفاه من الدين بطريقه إختياره .

التمييز بين الالتزام والحق العينى[1] :

الإلتزام فى القانون الرومانى هو علاقه بين شخصين ، وليس علاقه بين ذمتين . فالإلتزام ينشأ رابطه قانونيه بين الدائن والمدين ، أما الحق فـإنه يعـد عنصـرا من عناصـر الذمـه الماليه ، ومن ثم لايرتبط بشـخص الدائن أو المدين . ولذلك يوجد إختلافات بين الإلتزام والحق العينى تتمثل فى الآتى : -

(١) كـان الالتزام عند الرومـان مـتـعلقا بشـخص المدين فـينقـضى بوفاة المدين ولاينتقل إلى ورثته .

(٢) لايجوز للدائن التصرف فى حقه بحـوالته إلى شـخص آخر ،

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٠٦ ومابعدها ، د/ فايز محمد حسين – أصول النظم القانونيه – سنه ٢٠٠٠ – بدون دار نشر – ص ٢٨ .

إلا أن تطور القانون الرومانى يسمح - فيما بعد - بانتقال الالتزام إلى ذمة ورثة المدين وإمكان تحويله .

(٣) لايعطى الالتزام للدائن حق التقدم والتتبع المقرران لصاحب الحق العينى إذ ليس للدائن العادى أن يتتبع أموال المدين إذا خرجت من ذمته ، كما أن الدائن العادى يشترك مع باقى الدائنين فى توزيع الثمن المتخصص من بيع أموال المدين .

(٤) يتم حماية الالتزام بدعوى شخصيه ، بينما يحمى الحق العينى دعوى ، والدعوى الشخصيه إما أن تكون دعوى مدنيه أو جنائيه . وتكون مدنيه إذا كانت تهدف إلى تعويض الدائن وكان مصدر الالتزام فعل مشروع ، وتكون جنائيه إذا نشأت عن جريمه وكانت تهدف إلى عقاب المدين .

(٥) إذا كانت الحقوق العينيه محدده على سبيل الحصر قانوناً ، فإن الالتزامات غير محدده وتختلف بإختلاف ظروف كل علاقه شخصيه .

تقسيمات الالتزامات :

لتسهيل دراسة الالتزامات فى القانون الرومانى ، قام الفقهاء الرومان بتقسيمها إلى عده تقسيمات مختلفه وفقا للزاويه التى ينظرون منها إلى الالتزام ومن هذه التقسيمات ما يلى : -

١ - تقسيم الالتزامات من حيث مصدر الحمايه والجزاء المقرر لها :

تنقسم الالتزامات من هذه الوجهه إلى التزامات مدنيه ligations civiles يحميها القانون المدنى والتزامات بريتوريه يحميها البريتور بدعاوى ودفوع للشخص استنادا إلى سلطته القضائيه .

وتنقسم أيضاً من حيث الجزاء المقرر لها إلى التزامات مدنيه ، والتزامات طبيعيه . والالتزامات المدنيه يؤيدها القانون بدعوى بمقتضاها يستطيع الدائن اجبار المدين قضائيا على الوفاء بها . أما الالتزامات الطبيعيه فهى التزامات لاينشأ عنها دعوى لتنفيذها ، أى أن المدين لايجبر على تنفيذ الالتزام الطبيعى ، ولكن أذا ما قام بالوفاء به إختياريا اعتقادا منه أنه يوفى دينا عليه فإنه لايستطيع إسترداد ماوفى به .

٢ - تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها :

تنقسم الالتزامات من حيث مصدرها إلى إلتزامات عقديه "obligations contractulles"تنشأ من العقود ، والتزامات جنائيه " obligations delictuelles" تنشأ عن الجرائم .

وقد أضاف جايوس فى كتابه النظم مصدراً ثالثا للالتزام أسماه بوجه عام المصادر المتنوعه الأخرى للالتزام "Figurae Varise Causarum" كالإلتزام الوصى الناشئ عن إدارته لأموال القاصر ،

فهو لايرجع لا إلى عقد ولا إلا جريمه ، ولكنه يشبه الالتزام التعاقدى "quasi excontractu" وكذلك التزام القاضى الذى يتحيز فى حكمه لأحد الخصوم فيجعل القضيه قضيته ، فهذا الإلتزام يشبه الالتزام الذى ينشأ عن الجريمه "quasiexdelicto" (١) .

وقد استند جستنيان إلى تقسيم جايوس ، وقسم مصادر الالتزام إلى أربعه : –

أ – التزامات ناشئه عن عقد ، كعقد البيع والإجاره .

ب – إلتزامات ناشئه عن شبه عقد كالتزام الوصى والفضولى .

جـ – التزامات ناشئه عن جريمه كجريمه السرقه وجريمه الاعتداء .

د – التزامات ناشئه عن شبه جريمه ، وهى الالتزامات الناشئه عن أفعال ضاره تقع كلها عن خطأ أو إهمال من الفاعل ولاتتضمن فيه الإضرار إلا فى حاله واحده هى حالة تحيز القاضى . ومن أمثله ذلك سقوط شيئ من منزل على أحد الماره فى الشارع .

وقد أضاف الفقيه مودستان Modestin إلى هذه المصادر الأربعه مصدراً خامساً للالتزام هو التشريع lege أو القانون القضائى

(١) أنظر : جيرار – المرجع السابق – ص ٣٨٦ ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق– ص ٤٠٩ .

Jure hinirario . وقد أتبع القانون المدنى الفرنسى هذا التقسيم الرباعى ، وأضاف إليه مصدراً خامساً وهو القانون ، ليضم بذلك الالتزامات التى لايمكن إدخالها تحت إحدى هذه المصادر وهى الالتزامات القانونيه ، كالإلتزام الناشئ عن الجوار .

أما القانون المدنى المصرى القديم فقد تبنى تقسيماً آخر للمصادر، يكمن فى أن الالتزامات تنشأ عن إتفاق أو فعل أو نص القانون . أما القانون المدنى الجديد وإن لم ينص صراحة على مصادر الالتزام فإنه أخذ بالمصادر التى أقرتها بعض القوانين الحديثه مثل القانون السويسرى وهى خمسة مصادر العقد ، الإراده المنفرده ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ، والقانون،وإذا نظرنا إلى التقسيم الذى تبناه القانون المدنى الجديد ، نجد أنه يتفق مع التقسيم الفرنسى ، إذ أن الأثراء بلا سبب يقابل شبه العقد ، والجريمه وشبه الجريمه تقابل العمل غير المشروع ، أما العقد والقانون فإنهما متماثلان ، وقد أضاف القانون المدنى الجديد مصدراً آخر هو الإلتزام بالإراده المنفرده .

٣ - تقسيم الالتزامات من حيث محلها :

وبالنظر إلى محل الإلتزام يمكن أن نقسمها إلى عده تقسيمات :-

أ - فتنقسم أولا إلى التزامات معينه obligation certaines، أو غير معينه obligations un certaines تبعا لما إذا كان محلا

معينا أو غير معين بالفعل ويكون الإلتزام بإعطاء شيئ معين كما في التزام المشترى بدفع الثمن ويكون غير معينا إذا كان التزاما بعمل أو بإمتناع عن عمل ، مثل الالتزام بإعطاء شيئ لايتميز نوعه بجوده معينه(١) .

ب – وتنقسم إلى التزامات تقبل الانقسام dvrisble، والتزامات لاتقبل الانقسام indivisible، ومثال الالتزامات غير المنقسمه الالتزام بشيئ معين بالذات corps certain كالمنزل والحيوان ، والالتزام بالامتناع عن عمل . وتظهر أهميه هذا التقسيم عند تعدد الدائنيين أو المدنيين أو كليهما معا ويحدث ذلك بوفاة أحد المتعاقدين أو وفاتهم وحلول الورثه محل مورثهم .

ويكون الالتزام منقسما حينما يكون محله قابلا للانقسام ، مثل الالتزام بمبلغ من النقود حيث يستطيع كل دائن أن يأخذ جزءاً من هذا المبلغ ، ويمكن لكل مدين في حالة تعددهم أن يدفع جزءاً من هذا المبلغ (٢) .

جـ – وتنقسم أخيرا إلى التزامات تخييريه "alternantives" والتزامات بدليه "facultatives"، ويكون الالتزام تخييرا إذا كان محله

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٠ .

(٢) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٠ .

متعدداً بحيث تبرأ ذمه المدين بالوفاء بواحد منها ، كائن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه إما العبد أو الثور وإما الأرض أو البناء ، وحق الخيار يكون إما للدائن أو المدين حسب الاتفاق .وفى حالة عدم الاتفاق يكون الخيار للمدين .

وفى الالتزام البدلى يكون محل الالتزام أمراً واحدا ، ويكون للمدين أن يفى بشيئ آخر بدلا من الأول كالوصيه لغير وارث بعقار معين مع الترخيص للوارث بدفع مبلغ من المال للموصى بدلا من العقار . ففى هذا المثال يكون الالتزام بدليا .

مصادر الالتزام :

المقصود بمصادر الالتزام هو الأسباب التى تؤدى إلى وجودها أو نشأتها وأقدم نص لدينا بخصوص بيان مصادر الالتزام فى القانون الرومانى هو قول جايوس فى نظمه أن « كل التزام يولد إما عن عقد وإما جريمه » . وهذا ما يعنى أن مصادر الالتزام تكمن فى العقد والجريمه . ولكن جايوس نفسه قد أضاف إلى هذين المصدرين مصدراً ثالث أطلق عليه عباره « أنواع مختلفه من المصادر لكى يشمل الالتزامات التى لايمكن ردها إلى فكرة العقد أو الجريمه .

ولذلك فإننا فى استعراضنا لمصادر الإلتزام نتبع التقسيم الثلاثى الذى أرساه جايوس ، فنتكلم أولاً عن الجريمه ، ثم العقود وأخيراً عن

المصادر الأخرى من خلال الفصول الآتية : ـــ

الفصل الأول : الجرائم .

الفصل الثانى : العقود .

الفصل الثالث : المصادر الآخرى للالتزام .

الفصل الثاني
نظرية العقد

تاريخ العقود فى القانون الرومانى :

المبدأ العام فى الشرائع الحديثة هو أن العقد ملزم للطرفين بمجرد الإتفاق أو الرضاء المتبادل ، فكل إتفاق يقصد به إنشاء إلتزام يكون عقداً يؤيده القانون . وهذا هو ما تعبر عنه القاعده التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين

أما فى القانون الرومانى فلم يكن الأمر كذلك ، فا الإتفاق المجرد لايولد من حيث المبدأ أى إلتزامات لأنه لم يكن ملزما لأى من الطرفين مالم يكن قد أفرغ فى عقد تمت إجراءاته الشكلية . فإذا وقع إتفاق بين شخصين بغير إجراءات رسميه على عقد من العقود فلا يلزم به المدين ولا تنشأ عنه دعوى للدائن ومن ثم كانت القاعده فى القانون الرومانى أن الدعوى لا تنشأ عن مجرد الإتفاق .[١] فا المبدأ السائد فى القانون الرومانى هو مبدأ الشكلية الذى يقضى بضرورة أن تضاف إلى عنصر الرضا عناصر أخرى لكى يصبح الإتفاق ملزماً .

وقد عرف القانون الرومانى مبدأ الشكليه منذ بدايته وظل هذا المبدأ قائماً حتى نهاية تطور القانون الرومانى . غاية ما هنالك أن تطبيق

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٦٦ ، د/ بدر البدروای – المرجع السابق – ص ٥٢٩ ، جيرار – المرجع السابق – ص ٤٢٨ .

هذا المبدأ بعد أن كان صارماً فى البداية أخذ مع الزمن يفقد شدته ، وكان ذلك نتيجة للتغيرات العميقة التى تعرض لها المجتمع الرومانى . فهذا المبدأ كان يتفق مع الظروف البدائية للمجتمع الرومانى فى أول عهده حيث كان الرومان يحيون حياه تتسم بالبساطة . ولكن عندما تغيرت ظروف المجتمع الرومانى وأقبل الرومان على ممارسة التجاره لم يعد من الممكن قبول مبدأ الشكلية بصرامته .ومن ثم وجد الرومان أنفسهم مضطرين إلى إيراد بعض الإستثناءات عليه ، بل والخروج عليه فى بعض الحالات .

وبداية الخروج على الشكلية يتمثل فى إستقلال القانون عن الدين ، إذ ترتب على ذلك إبتعاد الشكلية القانونية عن الطقوس والشعائر الدينية التى تتطلب لإبرام العقود ، ومن ثم زوال بعض الإجراءات الشكلية التى كانت تلازمها فيما مضى .

وعندما توسع الرومان فى التجاره ، أصبح مبدأ الشكلية قيداً يكبل عملياتهم التجارية التى تتطلب البساطة والمرونه فى التصرفات . ولذلك ظهرت طائفة من العقود تتم بمجرد التراضى ولا تحتاج إلى اى إجراء شكلى مثل عقد البيع والإيجار والشركة والوكاله . وبذلك ورد قيد هام على المبدأ الذى يقضى بأن الإتفاق المجرد لا تتولد عنه دعوى .

فهذه العقود تتولد عنها دعاوى رغم أنها عقود رضائية تتم بمجرد توافر الرضا بين الطرفين .

بل أكثر من ذلك ، فقد رتب الرومان أثراً معيناً على الإتفاق المجردة غير الحالات السابقة ، فقد أصبح من حق الطرف الذى تغير إتفاق تم بينه وبين آخر مطالبة هذا الأخير بتنفيذ الإتفاق بدوره . ويعرف هذا النوع من الإتفاقات بالعقود غير المسماه . فالإتفاق فى حد ذاته ليس ملزماً طالما أن أحد الطرفين لم يقم بتنفيذ إلتزامه ، لكن إذا قام أحدهما بتنفيذ إلتزامه كان له مطالبة الآخر بتنفيذ الإتفاق من جانبه . وهذا ما يعد خروجاً على قاعده عدم قابلية الإتفاق المجرد لأن يتولد عنه إلتزام . [١]

ثم فى مرحلة لاحقه أورد البريتور عده استثناءات على مبدأ الشكليه . فقد قرر حماية بعض الإتفاقات التى تستند إلى الإتفاق المجرد بمقتضى دعاوى بريتوريه وتتمثل هذه الإتفاقات فى إتفاق اليمين والتعهد بأداء مهمه .

ثم فى عصر الإمبراطورية قرر الأباطره حمايه لبعض الإتفاقات المجردة بمقتضى دعاوى مدنيه مثل إتفاق التحكيم وإتفاق الدوطه وإتفاق الهبة .

وعلى الرغم من كل هذه الإستثناءات ، فإن المبدأ القديم الذى يقضى بعدم تولد دعوى عن الإتفاق المجرد بقى قائماً حتى فى قانون جستنيان . وهذا ما يعنى فى نهاية المطاف أن القانون الرومانى لم يعرف مبدأ سلطان الإرراده .

(١) د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص ١١٦ .

الفصل الأول

الجـــرائم "Les délits"

الجرائم العامه والجرائم الخاصه :

فى ظل الامبراطوريه العليا كان يوجد مجموعه من الجرائم التى يتولد عنها إلتزاما جنائياً ، والتى يلعب فيها الجانى Le délinquant دور المدين ، بينما يلعب المجنى فيها دور الدائن ، والجرائم التى يتولد عنها إلتزام بدفع مبلغ من النقود وتسمى الجرائم الخاصه "delicta prinata أو Poena" .

وهذه الجرائم لايجب أن تخلط بينها وبين الجرائم العامه "Crimina" والتى يعاقب عليها بعقوبات جنائيه مثل عقوبة الموت أو النفى أو الجلد ومقدر لبعضها عقوبات ماليه تدفع للدوله .

والجريمه العامه هى الجريمه الضاره بمصالح المدينه وتهدد سلامتها من الداخل أو الخارج أو تستوجبه مثل الاعتداء على الديانه ، والخيانه العظمى والهروب من الجنديه . وهناك بعض الجرائم العامه التى تمثل خطوره إذا ما إرتكبت ضد الأفراد مثل الحريق العمد ، والقتل العمد . والعقاب على الجرائم الخاصه كان يترك للمجنى عليه أورب أسرته إذا كان يدخل تحت سلطته وإذا أراد اللجوء إلى القضاء فإنه كان يلجأ إلى القضاء المدنى العادى . بينما يتولى العقاب على الجريمه العامه الدوله ، فهى التى تطالب بالعقاب عليها ، ويحاكم الجانى أمام محاكم

جنائيه خاصه ، كما أن العقاب الذى يوقع عليها لايستفيد منه المجنى عليه ، كما هو الحال فى الجرائم الخاصه (١) .

ومع تزايد سلطه ودور الدوله بصفه مستمره أخذت الجرائم الخاصه تتحول تدريجيا إلى جرائم عامه تطالب الدوله بالعقاب عليها باعتبارها المهيمنه على المصلحه العامه .

كما أن هناك بعض الجرائم التى أخذت وصفا مزدوجا ، فصار يسرى عليها تعارضت الجرائم العامه والخاصه ، إذ تقررت لبعض الجرائم الخاصه عقوبات مدنيه عامه و ترك للمجنى عليه الخيار بين رفع الدعوى الجنائيه المقرره للجريمه الخاصه وإقتضاء الغرامه Poena، وبين ترك الأمر للدوهل تتولى مباشرة الإجراءات الجنائيه العامه ومعاقبه الجانى بعقوبه مدنيه كما فى السرقه وجرية الاعتداء على الشخص . وقد كان المجنى عليه بفضل الطريق الثانى غالبا حكما كان الجانى غير مقتدر .

وسوف نقصر دراستنا على دراسة الجرائم الخاصه إذ هى وحدها التى تنشأ إلتزامات تؤيدها دعوى جنائيه .

وفى دراستنا للجرائم الخاصه نتناول خصائص الالتزام الجنائى ، وأهم الجرائم التى كان ينص عليها القانون المدنى ، وتلك التى أوجدها

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٦ .

البريتور ، وأخيراً دعوى التخلى أو مسئولية رب الأسره عن جرائم الأشخاص التابعين له وذلك من خلال المباحث الآتيه :

المبحث الأول : خصائص الالتزام الجنائى .

المبحث الثانى : جرائم القانون المدنى .

المبحث الثانى : الجرائم البريتوريه .

المبحث الرابع : دعوى التخلى .

المبحث الأول

خصائص الألتزام الجنائى

كان للألتزام الجنائى حتى العصر العلمى خصائص تميزه عن الألتزام التعاقدى وترجع هذه الخصائص إلى طبيعة الغرامة التى يقتضيها المجنى عليه من الجانى بناء على الدعوى الجنائيه ، إذ روعى فيها فكرة العقاب ، وحلت بذلك محل الثأر والأنتقام وهذه الخصائص يمكن إجمالها فى الأتى : ـ

١ ـ ففى ظل القانون القديم تقرر مبدأ إنتقال الألتزامات التعاقديه سلبيه لورثة المدين" le transmissible pessive " والتزامهم بديون مورثهم ، فقراً ظل الألتزام الجنائى قروناً عديدة غير قابل للأنتقال سلبياً لورثة الجانى "L'intransmissiblété passive des obliga-tiones exdelicto"، حيث أن القانون الرومانى القديم لم يأخذ بمبدأ تضامن الأسره فى المسؤليه عن الجرائم التى تقع من أحد أفرادها .

فحق المجنى عليه فى الثأر مقصور على الجانى ولايتعداه إلى غيره من أفراد أسرته أو عشيرة . (١)

٢ـ فى ظل القانون القديم نجد أن مبدأ إنتقال الألتزامات إيجابياً كان يطبق بطريقة مطلقه فيما يتعلق بالألتزامات التعاقدية ، ومع العكس من ذلك بأن مبدأ إنتقال الألتزامات الجنائية للورثة المجنى عليه مازال

---

(١) مونييه ـ المرجع السابق ـ ص ٣٧ ، د/ عمر ممدوح مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ٤١٨ .

غير مقرر فى الجرائم التى تقع على النفس والتى تثبت الدعوى الجنائيه فيها على الأنتقام من قرر لحق شخصى المجني عليه نفسه كما فى جريمة الأعتداء . ولا ينتقل الألتزام الجنائى إيجابياً إلى ورثة المجنى عليه إلا في الجرائم التى تقع على المال بأعتباره جزءاً من التركه التي آلت أليهم كما فى جريمة السرقه والإضرار بمال الغير .

٣ ـ هناك إختلاف جوهرى بين الإلتزامات التعاقديه والألتزامات الجنائيه من حيث أثر الموت الطبيعى والموت المدنى la ca-pitis demivutio، الألتزام التعاقدى ينقض بموت المدين موتاً مدنياً ولا ينقضى بوفاته الطبيعيه . أما الألتزام الجنائى فإنه ينتهى بوفاة الجانى طبيعياً ولا ينقضى بالموت المدنى كما أن العبد لا يلتزم بعد عتقه بالتزاماته التعاقديه إلا بعتبارها التزامات طبيعيه ، فماحيث أنه يسأل مرضياً عن جرائمة التى إرتكابها .

وتفسير هذه القواعد يرجع إلى أن الجرائم كانت تخول للمجنى عليه قديماً حق الثأر من الجانى ولذلك يبقى الألتزام الجنائي قائماً مادام الجانى على قيد الحياه ، ولا يزول إلا بوفاتة أو بدفع الغرامة أو بتصالحة مع المجنى عليه (١) .

٤ ـ إن أثار الجريمه يمكن ـ في بعض الحالات ـ أن تنقضى بإستخدام إتفاق بسيط : "un simple pacte"

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٢٧ – د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤١٩ .

وهذه القاعده قد ظهرت من جديد فى ظل الأمبراطورية العليا ، بحيث يقتصر نطاق طبيقها بالنسبة للمجال الجنائى بعدد جريمة الأعتداء والسرقه . وهذا الأتفاق يكون النتيجه لقطاع الجانى مع المجنى عليه فالضحيه فى هذه الحالة يعلن عن تنازلة عن حقة فى الأنتقام فى مقابل حصولة على مبلغ من النقود . (١)

أما الألتزام التعاقدى فإنه لاينقضي إلا إذا أفرغ تنازل الدائن فى قالب رسمى عكس طريقة إنشائه .

٥ – في حالة تعدد الجناه فإنه يمكن الجمع بين الدعاوى الجنائيه ، وتفسير ذلك أن كل جانى من الجناه يعد خاضعاً للأنتقام من المجنى عليه ، ومن ثم ويجب على كل فرد منهم أن يدفع ديته . أما إذا تعدد الملتزمون فى إلتزام تعاقدى فالوفاء من أحدهم يبدأ لزمة الباقيه لأنه ليس للدائن فى الألتزام التعاقدى أن يطالب بالشئ محل التعاقد إلا مره واحده .

٦ – إن المرأة البالغه والصبى المميز لايستطعان الزلتزام بعقودهما إذا لم بنضم إليها الوحى فى العقد عند مباشرته ولكنها يسألان عن الجرائم التي تقع منها . فا القواعد التي كانت محكم أهلية القصر : ، في المجال الجنائى قد الفيت فى ظل العصر الأمبراطورى . نفى عصر أغسطس أقر لابيرن بأنه يمكن ملاحقه الصبى المميز

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٧ .

فى حالة السرقه أو الأعتداء علي الغير . ومع العكس من ذلك فقد أكد على أنه لايجب أن تحرك دعوي الغش ضد الصبى المميز .

وفى ظل هذه الفتره فإن القواعد التي كانت تحكم الجرائم المدنيه والجرائم البريتوريه قد توحدت :

فمسؤلية الصبي المميز قد أسست في كل المجالات علي أنه يمتلك القدره على إدراكه بأن الفعل الذى يرتكبه يعتبر عملاً غير مشروع . ولذلك فإن ملاحقة منأجل السرقه أو الأعتداء علي الغير تكون محصوره ومحدده للصبى المميز الذى يقترب من البلوغ ، كما أصبح يسأل أيضاً عن غشه وهذا التعديل قدأكتمل فى زمن جايوس وأولبيان . وهناك بعض الدراسات الحديثه التى أثبتت أن هذا التعديل لم يمكن إلا فى الفترة التاليه للعصر الكلاسيكى وقبل حكم جستنيان . (١)

٧ ـ فيختلف الألتزام الجنائى عن الألتزام المدنى من حيث المضمون ، ففى الألتزام التاقدى يطالب الدائن فى الدعوى المدنيه الناشئه عن العقد بالشئ وفقاً محل التاعقد ، أن المجنى عليه فيطالب فى دعواه الجنائيه بالغرامه وهى عادة بالضعف أو بثلاثه أو أربعة أمثال القدر كذلك فإن محل الألتزام الجنائى هو دائماً الغرامة وهى مبلغ من المال محدد قانوناً أو بقدرة القاضى ، أما محل الألتزام التعاقدى فقد

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٨ .

يكون مبلغاً من المال أو غير ذلك بسبب الزتفاق بينهما .(١)

٨ ـ في المجال الجنائى ، يوجد أثار باقيه من النظام البدائى للأنتقام الخاص ، وإمتلاك جس الجانى فبينما يجوز لرب الأسرقفى الألتزام الناشئ عن جريمة إرتكبها أحد التابعين إليه تفادى الحكم عيه بتسليم الجانى ، فإنه لايستطيع ذلك فى الدعوى المدنيه المرفوعه عليه بشأن عقد مباشره إلنه أو أحد التابعين فى الحدود الملزمه له ، بل يجب عليه الوفاء بما تعهد الإبن إما بالغاً مابلغ أو فى حدود الحوزة المملوكة له فقط .

---

(١) د/ فايز حسين – المرجع السابق – ص ٢٤٤ ، مونيه – المرجع السابق – ص ٢٨ .

المبحث الثانى

جرائم القانون المدنى :

قد حوى القانون المدنى القديم كثيراً من الجرائم ، إلا أن أهم هذه الجرائم يتركز في ثلاث : جريمةج الأعتداء injuria وهى من الجرائم التى تقع علي الأشخاص ، وجريمة السرقه Furtum وجريمة الأضرار بمال الغير damnum injuria datum، وهما من الجرائم التي تقع على الأموال على أن قانون الزلواح الأثنى عشر قد نص على عدد كبير من الزفعال المجرمه التي كان يعاقب عليها بغرامة محدده قانوناً أو مقدره بضعف قيمة الضرر ومن الجرائم التى نص عليها هذا القانون مايلى :ـ[1]

١ ـ جريمة قطع الأشجار من أرض الغير ، وكان يعاقب عليها هذا القانون بغرامة قدرها ٢٥ آس عن كل شجره قطعت من أسفل ، ويطالب لها المالك بدعوى الأشجار المقطوعه action de arboribus succisis .

٢ ـ ترك الشخص ماشيته ترعى فى أرض الغير فى غير موسم الحصار . وكان يعاقب علي هذا الفعل بدعوى الرعى action de pastu حتى عصر الأمبراطوريه السفلى .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٣٩ .

٣ ـ إستعمال أخشاب مسروقه فى بناء منزل . وكان يعاقب علي هذا الفعل بمقتضى دعوى الأخشاب المتصله action de tigno ju-neto والتي كانت تستخدم من قبل المجنى عليه في السرقه ضد الباني سواء كان حسن النيه أم سيئ النيه . وفي عصر جستنيان ، أصحبة هذه الدعوى تستخدم من قبل مالك المواد المستخدمه فى تشيد منزل الغير حتى ولو لم تكن هذه المواد غير مسروقه .

٤ ـ إختلاس أموال القاصر من قبل الوحي الشرعي وهذه الجريمه كان يعاقب عليها بغرامه تقدر بضعف القيمه ، وذلك بمقتضى دعوى الحساب "action rationibus distrahendis" والتى تقدم بنفس دور دعوى السرقه .

ودعوى الحساب هذه تحولت فى ظل قانون مبستنيان إلى دعوي مختلطه action mixte يمكن أن ترفع ضد أي وهي

جريمة خيانة الأمانه . "Le dépositaire infidèle" وهذه الجريمه كان يعاقب عليها قانون الألواح الأثنى عشر بضعف القيمه ضد المودع لديه الذى يتعرف فى الوديعه . وبكن منشور البريتور أصبح يعاقب عليها بمثل القيمه وبضعفه خاصة في مجال الضرائب.

٦ ـ الضرر الذى يحدث للغير يفعل الحيوان ، فقد عاقب عليها القانون بمقتضى دعوى تسمى (الفقر) action de pauperie ولمالك الحيوان أن يتخلى عنه للمجنى عليه إذا لم يشأ دفع الغرامه كما

هو الال فى دعوى التخلى action noxale بالنسبه للجرائم التي يرتكبها التابع لغيره .

٧ ـ جريمة من يتعرف فى ملك غيره بطريق الأشهاد . ويعاقب على هذا الفعل بمقتضى دعو الضمان action auctoritas وهى بضعف الثمن ودعوى عجز المساحه action de mode agri المقدره على من يبيع مساحه من الأرض أقل من القدر المقرر فى الأشهاد ، وهى أيضاً بضعف ثمن القدر الناقص من المساحه . وتدرس تباعاً لجرائم الأعتداء والسرقه والإضرار بمال الغير ، وذلك علي النحو التالى :

المطلب الأول

الأعتداء على الشخص

injueva

تعريفها (١) : الأعتداء يفيد من الناحيه اللغويه عند الرومان كل فعل أو عمل يقع بغير وجه حق ، ولكن يراد به عند الكلام فى الجرائم الخاصه معنى خاص ضيق يقصد به هنا كل الأفعال التى تؤدى إلى إلحاق الأذى فى جسم الأنسان أو شرفه أو بعتباره كما تدخل فيها أيضاً الأفعال التى ترمى إلى حرمانه من مباشرة حقوقه أو مزاولة نشاطة العادى . أما فى قانون الألولح الأثنى عشر فيرصف هذا الفعل إلى الأذى البسيط الذى يصيب جسم الشخص نتيجه للأعتداء عليه .

وتعتبر جريمة الأعتداء أكثر الجرائم إحتافظاً بطابع الأنتقام الذى كان يطبع العقوبات فى العهود القديمه حيث كان العقاب مبنياً علي التأثر من الجانى والأختصاص منه . وهذه الجريمه توطورته تورطاً كبيراً خلال عصور القانون الرومانى . فعد أن كانت تقتصر فى قانون الألواح الأثنى عشر علي حالات التعدى المادى على جسم الأنسان ، إتسع نطاقها في العصر العلمى لتشمل حالات الأعتداء الأدبى .

---

(١) د/ بدر والبدرواى – المرجع السابق ، ص ٤٩٧ ومابعدها ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٢٤ ، د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٧٩ – مونييه – المرجع السابق – ص ٤٠ .

ولذلك يجب فى دراستنا لهذه الجريمه أن تميز بين فترات التطور المختلفه ، في قانون الألواح الأثنى عشر ، وفى القانون البرويتورى ، وفى ظل التشريع الصادر فى العصر العلمى ومابعده .

الفرع الأول

أحكام الجريمه فى قانون الألواح الأثنى عشر

ليس للأعتداء فى قانون الألواح الأثنى عشر مفهوماً عاماً ، بل تضمن لثلاث حالات خاصه أدخلت فيما بعد فى نطاق الأعتداء، وهذه الحالات هى : ـ

١ ـ بتر عضو "membrum ruptum" ويقصد بهذه الحاله جميع الأفعال التى يترتب عليها فعل عضو كفأ عين أوقطع زراع أورجل أو أتلافه بشكل يجعله غير صالح للأستعمال . والعقاب المقرر لهذه الجريمه هو القصاص مالم يتفق المجنى عليه مع الجانى على ديه يدفعها إليه .

٢ ـ كسر العظم ، وهذه الجريمه أقل خطوره من الحاله السابقه ، حيث أن الكسر فى هذه الحاله لايؤدى إلى بتر العضو أو ترعه من جسم الأنسان . ولذلك لايتطور القصاص فى مثل هذه الحاله ، وإنما يعاقب عليها قانون الألواح الأثنى عشر بغرامه محدده قدرها ٣٠٠ آس إن كان المجنى عليه حراً ، ١٥٠ آس إن كان المجنى عليه عمداً .

٣ ـ الأعتداء البسيط injuria ويشمل أحوال الأيذاء البسيط بالضرب والجرح البسيط الذى لايترك أثر دائماً فى جسم المجنى عليه والجزاء على هذا الأعتداء جزاء بسيط يتمثل فى دية مقدارها ٢٥ آس

ـ ويتبن من الحالات السابقه أن قانون الألواح الأثنى عشر كا

يعاقب على جرائم الضرب والجرح فى بعض الأحوال بعقوبات مدنيه قد تصل إلى حد القصاص إذا كانت الجريمه خطيره ، كما او تمثلت فى بتر عضو من جسم الأنسان وفى أحوال الإيذاء البسيط أو الذى لايصل إلى حد البتر كان يفرض غرامه أوديه إجباريه محدده قانوناً بمقدار معين من النقود . لا قد تعدل هذا النظام بتدخل البريتو أو المشرع .

الفرع الثانى (١)

الأصلاحات البرويتوريه Les reformes Pretgiennes

عندما تغيرت طروف المجتمع الرومانى ، ظهرت بقانون الألواح الأثنى عشر عيون واضحه . فمن جهة بدأت الأخلاق الرومانيه تنفر من القصاص وتعتبره عملاً وحشياً . ،من جهة أخرى بدأ أن وضع وضع قدر للمدين غير عادل ، كما أنه قد لايتناسب مع قدرة الجافى الماليه وخصوصاً بعد إنخفاض العجله إنخافضاً كبيراً (٢) . ومن ناحيه أخرى فإن هناك من حالات الأعتداء غير المادى تمثل تعدياً على الشخص مثل الأعتداء على الشرف والأعتبار ، مما تسند على وجوب العقاب عليها . لذلك تدخل البريتور لإصلاح أحكام هذه الجريمه : فمن ناحيه منح البريتور للمجنى عليه فى كل أحوال الأعتداء المادى دعوى تقديريه "action inriarum aestim altoria" بدلاً من الدعاوى المتقدمه ،

---

(١) د/ عبد المنعم بدر والبدرواى – المرجع السابق – ص ٤٩٨ ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٢٦ – مونييه – المرجع السابق – ص ٤٢ ومابعدها .

(٢) مونييه – المرجع السابق – ص ٤٢ ، حيث أورد لنا قضه أحد أثرياء الرومان ويدعى لوسيوس فيراتيوس كان يتجول فى شوارع روما ويعهد بصفع الماره ومان وراءه عبد له يحمل كيسا به نقود يرفع فى الحال إلى المبنى عليه فى الجريمه مبلغ الـ ٢٥ آس مقدار الغرامه التى نص عليها القانون . فهذه القصه واضحه الدلاله على ما أدى إليه إنخفاض القيمه من جعل الجزاءات الماليه المنصوص عليها فى القانون أصحبه غير ملائمة للظروف الجديده .

يطلب فيها البريتور من المحكمين الذين تحال عليهم الدعوى الحكم بالتفويض وفقاً لما تقتضيه قواعد فيراعى المحكمون فى تقدير الغرامه حالة كل من الجانى والمجنى عليه ومركزها الأجتماعى ومقدار الضرر الذى أصاب المجنى عليه العداله وحسن النيه. وهذه الدعوى قر تم إنشاءها منذ عصر Plaute ، وقد إستخدمها فى مبادئ الأمر بريتور الأجانب وطبقها بنفس المنهج الذى بنتيجه القانون اليونانى فيما يتعلق بهذه الدعوى "L'actio injuriaum" .

وقد تأثر القانون الرومانى في تطوره بهذا المجتمع ، ووصل إلى نفس هذه النتائج إذ يزكر لنا Aulu Gelle أن الثأر أم القصاص ، لم يعد – فى العصر الجمهورى وسيله لتحقيق العداله الخاصه ، حيث أصبح الحكم بها وفقاً على قرار القاضى . وإذا رفض الجانى الأمتثال لحكمه ، فإن القاضى يلزمه بدفع مبلغ من المال بقدر وفقاً لجسامة الجريمه ، ومن ناحيه أخرى فإن بالنسبه للعبيد ، يتولى توقيع العقوبات الجسديه عليهم الحكام . وسيد العبد يستطيع أن يتجنب الغرامه الماليه بترك العبد أوالتخلى عنه ،يخضع لدعوى الجلد أو الضرب la vabe-ratio وفقاً لقرار الحاكم أو الحكم القاضى . [1] ومقدار الغرامه التى يكحم بها المحكم كانت لاتتعدى مقدار معيناً حدده البريتوز وفى خطوة تاليه أصبح مقدار الغرامه يحدد بمعرفة المجنى عليه إذا كان الأعتداء

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٤٣ .

بسيط وبواسطة المحاكم القضائى نفسه في حالات الأعتداء الجسيم .
وفى هذه الحاله الأخيره كان المحلفون عاده مايعتمدون تحديد الحاكم إحتراماً له وقد حدد الفقه حالات الأعتداء الجسيم وقد ترجع جسامة الأعتداء إلى جسامة الفعل المرتكبه نفسه كا الضربات والجروح وقد ترجع إلى المكان الذى يرتكب فيه الفعل كارتكابه به أمام الجمهور فى المسرح وقد ترجع إلى صنعه كل من الجانى عليه ككون المجنى عليه حاكماً أو أباً أو معتقاً . (١)

وبعتبار أن دعوى الأعتداء البريتوريه قد أسست على فكرة الانتقام فإنها لاتقبل من البرتيور إلا إذا رفعت خلال سنه من وقت وقوع الاعتداء . فإذا مضت السنه على إرتكابها ولم يرفع المجنى عليه الدعوى سقط حقه فيها بإعتبار أنه قد عفى عن الجانى أو تنازل عن حقه فى طلب الغرامه .

ولما كانت هذه الدعوى شخصيه فإنها لاتنتقل لورثه المجنى عليه ولاترفع على ورثة الجانى لهذا الاعتبار . ويترتب على الحكم فى هذه الدعوى الحاق العصمه infamio بشخص الجانى .

وإذا رفعت هذه الدعوى على شخص بطريقه تعسفيه واستطاع أن يثبت أنها رفعت عليه بدون وجه حق ، فكان يحكم على المدعى بعشر

---

(١) د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٨٣ .

الغرامه التى طلبها لمصلحه هذا الشخص كعقوبة على إساءة رستعمال حقه فى رفع الدعوى .

وجريمه الاعتداد فى منشور البريتور كان يقصد بها الفعل الذى يضر بشخص آخر ، والذى يتنافى فى ذات الوقت مع الأخلاق والأعراف السائده فى المدينه . وفى القرن الأخير من العصر الجمهورى تطورت فكره حمايه الشعور الخاص بكراهه وشرف الانسان . وإبتداءاً من عصر لابيون Labieon ربط الفقهاء الرومان بين مفهوم التعدى ومفهوم الإهانه أو الاحتقار Contunelia الذى يرتكبه الجان فى حق المجنى عليه آيه ذلك أن جريمه الاعتداد أصبحت تنطبق على كل فعل أوقول ينطوى على ضرر بأحد الأشخاص . فالأعتداء كما يكون ماديا يصيب الشخص فى بدنه ، يكون معنويا يصيب فى شرفه وإعتباره (١) .

وفى النشور الدائم للبريتور "L'édictum Pernetum" أصبحت جريمة الاعتداء عامه تشمل كل فعل يمثل تعديا على الغير ، مثل منع شخص من الصيد فى البحر أو منعه من الذهاب إلى المسرح ، أو أحرق مال جاره أو قام ببيع أموال شخص ما بزعم أنه مدين له بدين وهمى .

وبجانب هذا المنشور الدائم ، أصدر البريتور لعدة منشورات

---

(١) موبيينه – المرجع السابق – ص ٤٤ ، د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٨٤ .

خاصه تعالج لعدد من الأفعال التى تدخل فى نطاق الاعتداء ، ومن هذه المنشورات ما يلى : -

١ - المنشور الخاص بالسب أو القذف سواء وقع بالكتابه أم بالقوه أم بطريق التجمهر والصياح Convicuim .

٢ - المنشور الخاص ببعض الأفعال المنافيه للآداب ، كالتعرض للنساء والقصر فى الطريق العام وتمر مفهيم على الفسق l'état de adtemptata pudicitia .

٣ - المنشور الخاص بالأعفال الماسه بكرمة الشخص : L'edit ne quid infamandi cause" . بإعتباره مواطنا فى المدنيه ، وقد ظهر فى هذا المنشور أيضاً جريمة الاعتداد غير المباشره injure indi-recte فى حالة ما إذا وقع الإعتداء على الابن أو الزوجه مثلا - فهذا الاعتداء يمس الأب أو الزوج ، وفى هذه الحاله تنشأ عن الجريمه دعويان : دعوى لمصلحه المجنى عليه (الإبن أو الوجه) ودعوى لمصلحة الزوج أو الأب .

٤ - وفى عهد جايوس Gaius دخلت حالة أخرى فى نطاق الإهانه أما الإيداء الجسيم الذى يقع على العبد ويكون المقصود منه الإساءه لسيده . ففى مصل هذه الحاله يستطيع سيد العد أن يستخدم هذه الدعوى للرجوع على الجانى . أما إذا كانت الإهانه الموجهة إلى

العبد بسيطه فتمثل فى ضربه ضربا خفيفا فإن سيد العبد لايستطيع استخدام هذه الدعوى[١].

---

(١) دمونه جستنيان – ترجمه عبد العزيز فهمي – الكتاب الربع – الباب الرابع – الفقره الثالثه .

الفرع الثالث

إصلاحـــات المشـــرع

"Réforme legislative du délit d'inyrice"

فى أواخر عصر الجمهورية اتجه المشرع الرومانى إلى إعتبار بعض الأفعال الداخله فى نطاق جريمة الاعتداء الخاصه جرائم عامه عن طريق تقرير عقوبات جنائيه لها .

وقد بدأ هذا الإتجاه منذ صدور قانون كورنيليا la loi corne-lia فى عهد الديكتاتور الرمانى سولا Sulla حوالس سنة ٨١ قبل الميلاد . وقد صدر هذا القانون لمواجهة إنتشار إستعمال العنف أثناء الحروب الأهلية التى سبقت توليه الحكم . فقد عاقب على الضربات والجروح والتعهدى على حرمة المسان ، وإنشاء دعوى جديدة للتعدى أو الإهانة . ورغم أن هذه الدعوى كانت تعرض على محلف شأنها فى ذلك شأن الدعاوى الناشئه عن الجرائم العامة إلا أنها كانت مع ذلك ذات طابع خاص فحق الإتهام ظل متروكاص للمجنى عليه ، بينما فى الجرائم العامة كان لكل مواطن إستعمال هذا الحق .

– وفى غصون عصر الإمبراطورية العليا تعددت الحالات التى كان من الممكن فيها توقيع عقوبات جنائية . ففى كل الحالاتت التى يوصف فيها الاعتداء بالجسامه بالنظر إلى طبيعة الفصل ذاته أو الشخص الذى

وقع عليه الإعتداء كان من الممكن الحكم على الجانى بعقوبات جنائية .(١)

– وقد ثار تساؤلاً يتعلق بما إذا كان من الممكن ،ب النسبة لهذه الإفعال مباشرة دعوى الإعتداءات البريتورية ، وعما إذا كان من الممكن بالتالى الجمع بين عقوبة توقع على الجاين بواسطة القضاء الجنائى وجزاء مالى يحكم عليا به من جانب القضاء المدنى . وقد إستقر الرأى على أنه فى كل الأحوال – حتى لو كان المقصود إعتداء جسيم أو إعتداء منصوص عليه فى قانون كورنيليا – فإن المجنى عليه يمكنه أنى رجع عليه بالدعوى المدنية للحصول على جزاء مالى ، ولكنه ف يهذه الحالة لا يستطيع الإلتجاء إلى القضاء الجنائى .

– وفى قانون جستنيان ، يستطيع المجنى عليه – فى كل الحالات – أنى ستخدم الدعوى المدنية للحصول على جزاء مالى من الجانى ، كما يمكنه أنى لجأ إلى القضاء الجنائى .

وفى المرحلة الأخيرة من تطور القانون الرومانى ، خرجت الإعتداءات الجسيمة من مجال الجرائم الخاصة على إثرى إندثار نظام المحلفين فى المجال الجنائى – ودخلت فى مجال الجرائم العامة . وأصبح يعاقب عليهاب صفة عامة بنفى الجانى مؤقتا إذا كان من الأقوياء -hon estiores ، وضربه بالعصا إذا كان من الضعفاء hieaniliores وبجلده إذا كان من العبيد . (٢)

---

(١) موبيينه – المرجع السابق – ص ٤٥ – د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٨٦ .

(٢) مونييه – المرجع السابق – ص ٤٦ .

المطلب الثانى

جريمـــة السرقـــة

Furtum

السـرقـة من الجـرائم التى تقع على المال لا على النفس ، وهى بحسب معناها فى العصر العلمى الإستيلاء على مال الغير أو إستخدامه لمصلحة السارق بطريق الغش بقصد الكسب . ومعنى السرقة بهذا المفهوم يختلف عن معناها فى القوانين الحديثة (١) . ففى عصر القانون القديم كانت السرقة من الجركائم الخاصة التى تعطى حق إستخدام الإنتقام من شخص السارق ، ثم فى مرحلة تاليه أصبح يعاقب عليها بجزاءات مالية . وفى عصر الإمبراطورية أصبحت السرقة من الجرائم العامة .

وللوقوف على التطور التى مرت بها جرائم السرقة فى القانون الرومانى فإننها نتناول لموضوعها فى القانون القديم وفى العصر الجمهورى ، ثم فى عصر الإمبراطورية وذلك من خلال الفرعين الآتيين:-

---

(١) فالسرقه فى القانون الفرنسى والمصرى تعنى إختلاس شيئ منقول مملوك للغير . وإنها تتميز بهذا المفهوم عن النصب وخيانه الأمانه الذى يكون تسليم الشيئ فيها إراديا نتيجه لاستخدام الجانى الوسائل الإحتياليه فى جريمة النصب وتنفيذ العقد من عقود الأمانه فى خيانه الزمانه . بينما تتم السرقه بأخذ الشيء عنوه أو إختلاسا على غير إرادة المجنى عليه .

الفرع الأول

السرقة فى القانون القديم والعصر الجمهورى

وفى هذا المضمار يجب أن نتعرض للعقوبات التى كانت توقع على السارق فى ظل القانون القديم قبل صدور قانون الألواح الإثنى عشر ، وتلك التى كانت توقع فى ظل قانون الألواح الإثنى عشر .

أولاً : العقاب على جريمة السرقة قبل صدور قانون الألواح الإثنى عشر .

فى الفترة السابقة على صدور قانون الألواح الإثنى عشر ، لم يكن هناك معنى محدد للسرقة ، وعلى الرغم من ذلك كان العرف يعاقب على فصل السرقة وسمح بالإستيلاء على شخص السارق أو الإستيلاء على الشخص الذى يكتشف عنده الشئ المسروق والسرقة : المتلبس بها le Fur manibestus هى التى يقبض فيها على السارق وبيده الشئ المسروق . ولذلك فهى تفترض ضبط السارق أثناء إرتكابه السرقة ، أو يقبض عليه قبل أن يوضع الشئ المسروق فى مأمن أو مخبأ . فإذا ما ترك ورائه آثاراً تسمح بالتعرف على المنزل التى لجأ إليه ، فإن المجنى عليه لا يستطيع الدخول مباشرة إل يهذا المنزل مع أصدقائه ، وإنما يجب عليه فى هذه الحالة أن يخلع ملابسه كلها ما عدا لباساً يستر به عورته ثم يدخل للمنزل بناءاً على إذن تفتيش رسمى حاملاً صحنا فى يده ، فإذا وجد الشئ المسروق أعتبر من وجد لديه هذا الشئ فى حكم السارق المتلبس (١) .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٤٧ .

وهذه العادات التى كانت تستخدم قديماً كانت تعد من قبيل الطقوس التى ألف الناس عليها . ومن ثم فإنها كانت لا تعبر بوضوح عن مفهوم السرقة ، إذا أن الضحية كان يتخذ الإحتياطات اللازمه عند إجراءا لتفتيش ، فكان يأخذ معه أكبر عدد ممكن من أقاربه وأصدقاءه حتى يمكنه التغلب على أية مقاومة يبديها صاحب الدار إذا ما إمتنع عن إجراء التفتيش .

ثانياً : السرقة فى قانون الألواح الإثنى عشر .

إحتفظ قانون الألواح الإثنى عشر بالنظام العرفى الخاص بالعقاب على السرقة ، ولكن مجل سالعشرة الذى يتولى وضع القوانين فى روما أكمل هذا النظام وذلك بالمعاقبة على السرقة بصرف النظر من إكتشاف الشئ المسروق . فإلى جانب العقاب الذى يتمثل فى إمتلاك المجنى عليه لشخص الجانى فإنه قد قرر جزاءاً ماليا إلزامياً . وبين السرقة فى غير أحوال التلبس Furtum nec maribestum .

١- عقوبة السرقة فى حالة التلبس : (١)

قد إحتفظ قانون الألواح الإثنى عشر فى خصوص السرقة المتلبس بها بالنظام العرفى للعقاب عليها . ولكنه فى الغالبية العظمى من حالات التلبس تطلب تدخل الحاكم .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٤٧ .

فاالسارق يمكن أن يخضع لعقوبة الموت إذا ما سرق ليلاً أو إذا إرتكب السرقة نهاراً وكان معه سلاحاً . وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للمجنى عليه حق الإنتقام من الجانى دون تدخل من القضاء ، رذ له قتل السارق وقت ضبطه متلبساً وليس عليه إلا أن يصبح بالجيران ليشهدهم على ذلك .

وفى الحالات تالأخرى التى لم تقترض فيها السرقة برظروف مشدده مثل إرتكابها ليلاً أو مع حمل السلاح ، يخضع إستخدام العدالة الخاصة (إنتقام المجنى عليه) لرقابة الحاكم . فإذا كان السارق حراً بالغاً ، فإنهى ضرب ويلحق بالمجنى عليه .

أو إذا كان السارق عبداً فكان جزاءه الضرب ثم القذف من أعلى صخرة معينة أما إذا كان السارقة قاصراً إكتفى بجلده فقط .

٢-عقوبة السرقة فى غير حالة التلبس .

وفى هذا المضمار عمل قانون الألواح الإثنى عشر على تكملة النظام العرفى ، وذلك بأن سمح للمجنى عليه بالرجوع قضائياً على السرق التى لم يتمكن من الإستيلاء عليه ، ولم يتمكن من إكتشاف الشئ المسروق لديه بإستخدام التفتيشى الشرعى . فهو يستطيع من خلال القضاء أن يطالب بغرامه مالية من الأشخاص الذين إستطاعوا بإستخدام الغش تقويض ممتلكاته . ويستخدم المجنى عليه فى هذه الحالة دعوى السرقة غير المكشوفة « actio Buecti nec mani-

besti . والغرمة هنا تتمثل فى ضعف قيمة الشئ المسروق وعلى ذلك لا يكون للمجنى عليه حق الإنتقام من السارق ولا يكون له قبله سوى المطالبة بغرامة محدده قانوناً . ولكن قد يكون للمجنى عليه حق الإنتقام من السارق من غير حالات التلبس إذا كان السارق تابعاً لغيره وتخلى عنه رب الأسرة . (١)

- وقد رأى جايوس أن قانون الألواح الإثنى عشر قد عرض لحالة إخفاء الأشياء المسروقة فاعتبرها جريمة ومنح المجنى عليه ضد من يضبط عنده الشئ المسروق دعوى بثلاثة أمثال القيمةactio uurti concepti . وفى ذات الوقت منح لمخفى الأشياء المسروقة الذى حكم عليه بمقتضى الدعوى السابقة دعوى للرجوع بها على من قدم إليه الشئ المسروق ولو لم يكن مقدمه هو السارق نفسه . وتسمى دعوى الرجوع بدعوى تقديم الشئ المسروق actio Burti oblati ويحكم فيها مثل سابقتها بثلاثة أمثال القيمة . (٢)

ثالثاً : - الإصلاحات البريتوريه :

قد إشتمل قانون الألواح الإثنى عشر على نظامين مختلفين للعقاب

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٣٢ ، مونييه - المرجع السابق - ص ٤٨ .

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٣٢ ، مونييه - المرجع السابق - ص ٤٨ .

على جريم السرقة : النظام العرفى الذى كان سائداً فى القانون القديم والتى يعتمد على العدالة الخاصة (إنتقام المجنى عليه) ، ونظام الغرامه المحدده قانوناً ، والتى يتولى الحكم بها على السارق من قبل القضاء .

وتوحيد نظام العقاب على السرقة يعد من صنع البريتور . ومع ذلك فإن إصلاحات البريتور قد تم التمهيد لها بإستخدام الغرامات الإرادية التى كانى نص عليها قانون الألواح الإثن يعشر فالمجنى عليه يمكن أن يتفق مع السارق على دفع مبلغ من المال بدلاً من الإستيلاء عليه والقانون لم يكن يضع مبلغاً محدداً كمقابل للشئ المسروق ، ومن ثم كان يستطيع المجنى عليه أن يطالب بملغ كبير . وكلن العرف قد حدد هذه القيمة بحيث تماثل أربعة أمثال قيمة الشئ المسروق . وقد أقر الحاكم هذه القيمة بإنشاءه للدعوى البريتوريه فى السرقة المتلبس بها ، والتى ترفع على السارق المتلبس بالسرقة وتلزمه بدفع غرامه تعادل أربعة أمثال قيمة الشئ المسروق .

وتاريخ إنشاء هذه الدعوى غير معروف على وجه التحديد ، فهى قد أنشأت بواسطة منشور البريتور فى أواخر العصر الجمهورى .

وقد أوجد البريتور بجانب هذه الدعوى دعويين آخرين : أولى هاتين الدعويين توجه ضد من يقاوم التفتيش الذى يراد إجراؤه فى بيت شخص يخص الشئ المسروق وتعرف هذه الدعوى بدعوى السرقة الممنوعة «c,action Furti mec exhiliti» والتى توجه ضد

الشخص الذى لا يسارع إلى تسليم الشئ المسروق بمجرد العثور عليه أثناء تفتيش البيت . وتؤدى هذه الدعوى أيضاً إلى الحكم على الجانى بأربعة أمثال قيمة الشئ المسروق (١) .

وقد إحتفظ البريتور بكافة الدعاوى الأخرى التى كان يتضمنها قانون الألواح الإثنى عشر ، وإن أصبحت ذات طبيعة مدنية .

رابعاً : مفهوم السرقة :

حاول فقهاء العصر الجمهورى تحديد مفهوم السرقة . وفى محالتهم تحديد هذا المفهوم إختلفت آرائهم . إذ رأى البعض منهم أن السرقة تتطلب نقل شئ مملوك لآخر ، بينما تبنى البعض الآخر مفهوماً واسعاً للسرقة بحيث تشمل كل عمل ينطوى على سوء نيه ويهدف إلى حرمان المالك من ملكه سواء تعلق الآمر بعقار أو منقول . فسابينوس كان يسلم بإمكان وقوع السرقة على العبيد والأشياء التى يمكن نقلها أو إختلاسها ، أو الأرض أو المنازل . فا المزارع التى يبيع حقلاً كان قد إستأجره يعد سارقاً . وكذلك يعتبر سارقاً ذلك الرجل الذى يقف أمام عبد هارب ليخفيه عن أعين سيده . وكذلك المودع عنده الذى يرفض تسليم من فاز فى رهان قيمة الرهان الذى عهد به إليه يعد سارقاً .

وكان فقهاء أواخر العصر الجمهورى يتطلبون لوجود جريمة

---

(١) د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص ٢٩٠ - مونييه - المرجع السابق - ص ٤٩ .

السـرقـة ضـرورة توافـر عنصـرين : القـصـد أو الإراده consilium والعمل المادى ops وفى هذا العصر كان الشركاء فى السرقة يعتبرون بمثـابة فـاعلين . وإبتـداء من عـصـر لابيـون بدأت التـفـرقـة بين الفـاعل الأصلى والشـريك ، بل والتفـرقة بين الشـريك بالتـحـريض وهو من تمت السرقة بتـحـريض منه ، والشريك بالمساعدة وهو الذى عاون الفاعل فى إتكاب السرقة . (١)

---

(١) أنظر بحثنا بعنوان «المساهمه الجنائيه فى القانون الرومانى والفقه الإسلامى - سنه ٢٠٠٠ - حيث قد تعرضنا فيه المساهمه الجنائيه فى القانون الرومانى مع الاهتمام بالتفرقه بين المساهمه الأصلية والمساهمه التبعيه فى القانون الرومانى - مونييه - المرجع السبق - ص ٥٠ .

الفرع الثانى

السرقة فى العصر الإمبراطورى

-تعريف السرقة :

كان فقهاء عصر الجمهورية يرون أن السرقة يمكن أن ترد على منقول أو عقار . وقد إنتقد فقهاء عصر الإمبراطورية هذا الرأى وإستقر الأمر عندهم على قصر السرقة على المنقولات دون العقارات

– ولكن مفهوم السرقة قد اتسع فى ظل هذا العصر ، إذ كما ورد فى موسوعة جستنيان أن السرقة يمكن أن ترد على الشئ ذاته «Furlam ipsius rei » ، ويكون ذلك فى الحالة التى يكون الهدف منها هو الإستيلاء على الشئ بأكمله ، وكان من اللازم توافر شروط معينة فى الشئ حتى يكون محلاً لجريمة سرقة ، فينبغى أن يكون منقولاً، وأن يكون قابلاً للملكية الخاصة ، وينبغى أن يكون مملوكاً لشخص ما وقت سرقته ، فالأشياء المباحة أو السائبه لا يمكن أن تكون محلاً للسرقة .

وقد تنصب السرقة على منفعة الشئ «Furtum usus » وتتمثل سرقة المنفعة فى قيام الشخص الذى يحوز بصفة مشروعة مالاً مملوكاً لآخر بإستعماله دون موافقة مالكه أو إستعماله فى غير الفرض المرخص به . مثال ذلك المستعبد الذى يستعمل الشئ المستعار على نحو مخالف لما تم الإتفاق عليه .

وقد تنصب السرقة على وضع اليد أو الحيازة « Furtum Possessionis » .

وسرقة الحيازة هى الجريمة التى يرتكبها المالك بإستيلائه دون وجه حق على الشئ المملوك له ، كالمدين الراهن الذى يستولى على الشئ الذى رهنه ضماناً للوفاء بدين عليه قبل الوفاء للدائن بحقه (١) .

– ولكى تقوم جريمة السرقة فإن لابد من توافر ركنين : أحدهما مادى والآخر معنوى ويتمثل الركن المادى فى مباشرة عمل مادى على الشئ . ولذلك فإن مجرد إنكار الوديعة من جانب المودع لديه لا يشكل سرقة طالما أن الشئ المودع لم ينقل من مكانه بقصد الإستيلاء عليه ، أما الركن المعنوى فيتمثل فى سوء النية . وسوء النية فى السرقة يفترض علم الفاعل بأن ما يأتيه مخالف لإرادة المالك . وفى قانون جستنيان أصبح الركن المعنوى يتطلب فضلاً عن سوء النية توافر قصد الإستفادة أو تحقيق الكسب « l,animus luerandi » لدى الفاعل . وهذا ما أدى إلى وضوح التفرقة بين جريمة السرقة وجريمة الإتلاف أو الإضرار بمال الغير بدون وجه حق ، إذ ينتفى قصد الكسب فى جريمة الإتلاف أو الإضرار .

وقصد الكسب هذا لم يكن بعيداً عن ذهن فقهاء القانون القديم ،

---

(١) د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٩٢ – مونييه – المرجع السابق – ص ٥١ .

كل ما فى الأمر أنهم كانوا يتطلبوا توافر هذا القصد فى بعض الحالات الخاصة . فسابينوس قد طبقة بصدد الأشياء التى يتم التقاطها من الشارع : إذ يرى أن الشخص الذى يلتقط شيئاً ملقى فى الشارع لا يعد مرتكباً لجريمة السرقة إلا إذا إستولى عليه بقصد تحقيق فائده أو منفعة له .(١)

وقد إختلف فقهاء عصر الإمبراطورية العليا حول تحديد المقصود بالسرقة المتلبس بها والسرقة غير المتلبس بها .

السرقة المتلبس بها :-

إختلف الفقهاء الرومان فى تحديد المقصود بالسرقة المتلبس بها ، فذهب فريق منهم إلى أن السرقة تكون متلبس بها إذا ضبط السارق فى نفس اللحظة التى يقبض فيها على الشئ المسروق . بينما يرى سابينوس أن الرسقة تكون متلبس بها إذا ضبط السارق خلال نشاطه الإجرامى الذى يبدأ بوضع يده على الشئ وينتهى بوضعه الشئ فى المكان الذى يريد أن خفيه فيه بينما يرى فريق ثالث أن السرقة تكون متلبس بها إذا ضبط السارق فى نفس المكان الذى إرتكب فيه السرقه . وذهب فريق رابع إلى أن السرقة يكون متلبسا بها إذا شوهد السارق وهو يمسك بالشئ المسروق . وفى أواخر العصر العلمى سار رأى يتبنى وجهة نظر جوليان ، مقرراً أن السرقة يكون متلبساً بها إذا قبض على السارق أثناء

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٥٢ .

إرتكاب السرقة أو إذا ضبط أثناء حملة الشئ المسروق قبل وصوله إلى الذى كان يريد وضعه فيه (١) .

السرقة غير المتلبس بها .

يرى جايوس أن السرقة غير المتلبس بها تشمل كل الأحوال التى لا تكون السرقة فيها ظاهرة أو متلبس بها . أما الفقيه بول يرى أن السرقة يكون غير متلبس بها إذا لم يقبض على الشخص أثناء إرتكابه السرقة ومع ذلك لا يستطيع أن ينازع فى أنه إرتكب سرقه . وقد كان الشركاء فى السرقة يعاملون كقاعده عامة معاملة السارق غير المتلبس حتى ولو كان السارق نفسه قد ضبط فى حالة تلبس . ومع ذلك كان يرى بمبونيوس أن الشخص الذى قبل القيام بتوصيل الشئ المسروق إلى المكان المراد وضعه فيه يضبط فى حالة تلبس بينما السارق نفسه لا يعتبر فى حالة تلبس (٢) .

٢- العقاب على السرقة :

كان المجنى عليه فى دعوى السرقة أن يستخدم ثلاثة أنواع من الدعاوى هى دعوى الإسترداد ، ودعوى السرقة ، ودعوى التعويض عن المال المسروق .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٥٢ .

(٢) د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٩٤ – مونييه – المرجع السابق – ص ٥٣ .

أ- دعوى الإسترداد :- وهى الدعوى التى تحمى حق الملكية ، والتى يستطيع كل مالك رفعها للمطالبة باسترداد الشئ المملوك له ممن يحوزهدون وجه حق والمسروق منه بإعتباره مالكاً له الحق فى رفع هذه الدعوى للمطالبة بإسترداد الشذ المسرقو بغض النظر عما إذا كان حائز الشئ السارق نفسه أم شخصاً آخر حتى ولو كان الأخير حسن النية أى لا يعلم بأن هذا الشئ مسروق ذلك لأن الأموال المسروقة لا يمكن تملكها بالتقادم (١) .

ب- دعوى السرقة : - وهذه الدعوى تسمح للمجنى عليه ف يجريمة السرقة أنى حصل على تعويض مالى يتمثل فى مضاعف لقيمة الشئ المسرقو وفى عهد سكافولا Scaevola كانت هذه الدعوى لا تتطلب سوى تقديم شكوى من مالك الشئ المسروق ، أو من زى شخص من الأشخاص المعنيين بحراسة الشئ التى تم إختلاسه .

أما جايوس فقد رفض منح مالك الش ئدعوى السرقة حينما يقع الإختلاس من واضع اليد الذى كان مكلفاً بحراسة الشئ . أما بابنيون Papinien وأولبيان ulpien فقد أقر للمالك فى كل الأحوال بالحق فى الحصول على جزاء مالى يساوى أضعاف قيمة الشئ المسرقو . فمنظف الثياب الذى يقع ضحية سرقة يحث له إستخدام دعوى السرقة ، حيث أن

---

(١) د/ عبد المنعم بدر والبدرواى - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

مالك الثياب المسروقة لن يعفيه من المسؤلية فى هذه الحالة ، وبالذات إذا لم يكن مفلساً . والدائن المرتهن له حق إستخدام دعوى السرقة ، كما أن لمالك العبد ولمستخدمه الحق فى إستخدام دعوى السرقة فى حالة سرقة العبد (١) .

وأخيراً أقر جستنيان بإستخدام هذه الدعوى فى كل الحالات من قبل الحائز حسن النية وأعطت حق الخيار للمالك بين إستخدام دعوى السرقة د السارق وإستخدام دعوى العادية « l,action conmoda-ti» ضد المستعير الذى يعثر على الشئ بين يديه لخطة إرتكاب السرقة .

– وفى العصر العلمى حل محل الدعوى المدنية بضعف قيمة الشئ المسروق ، ودعوى السرقة غير الظاهرة دعويين بريتوريتين بأربعة أمثال القيمة ، وهما دعوى السرقة الظاهرة ، ودعوى السرقة الممنوعة « l,action Furti prohibiti»

وأخيراً دعويان مدنيتان تؤديان إلى الحكم بثلاثة أمثال قيمة الشئ المسروق وهما دعوى السرقة المخفاه l,action furui conceptie ، ودعيو السرقة التى يرفعها المخفى حسن النية فى مواجهة السارق « l,action furti oblati»

– وفى قانون جستنيان لم يبقى سوى دعويين هما دعوى السرقة

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٥٣ .

المتلبس بها وترفع فى مواجهة السارق الذى يضبط قبل أنى صل بالشئ المسروق إلى المكان الذى سيوضع فيه . ودعوى السرقة غير المتلبس بها وترفع فى كل الحالاتت الأخرى . فى مواجهة السارق الذى لم يضبط فى حالة تلبس ، وفى مواجهة مهفى الأشياء المسروقة ، وفى مواجهة الشركاء (١) .

وقد ظلت جريمة السرقة من الجرائم الخاصة حتى نهاية تطور القانون الرومانى والمجنى عليه فى جريمة السرقة كان لديه مصلحة فى إستخدام هذه الدعوى ضد السارق المعسر ، ولكن منذ أواخر عصر الجمهورية أخذت تتقرر جزاءات جنائية للسرقة التى ترتبط بظروف مشدده . فقانون كورنيليا la loi cornelia de sicariis كان يعاقب السارق الذى يستخدم القوه فى إرتكاب جريمة بعقوبات جنائية بإعتبار أن الجريمة فى مثل هذه الحالة لا يقتصر ضررها على المجنى عليه فقط ، وإنما زصبحت تمس بالنظام العام وتخل بأمن المجتمع .

وقد أقر قانونه جوليا بهذه العقوبات الجنائية على السرقة التى تقع على أشياء عامة . أو مقدسه .

وفى عصر الإمبراطورية العليا تقررت عقوبات جنائية لسرقة الماشية والسرقة التى يرتكبها قطاع الطرق ، والسرقة المقترنة بكسر .

---

(١) د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٩٦ – مونييه – المرجع السابق – ص ٥٤ .

وكان للمجنى عليه فى مثل هذه السرقاتت الإختيار بين الطريق المدنى والمطالبـة بالجـزاء المالى والطريق الجنائى الذى يؤدى إلى الحكم على السارق بعقوبات جنائية (١) .

جـ- دعوى التعويض عن الشئ المسروق

la condictio excause furtiva

إن المالك المسروق منه الشئ كما يملك دعوى يمكنه بمقتضاها أنى حصل على جزاء نقدى من السارق فإنهى ملك دعوى مدنية أخرى ، وهى دعوى الدين المبنية على السرقة ، وهذه الدعوى شخصية لا ترفع إلا ضد السارق ذاته دون الشركان وتؤدى إلى الحكم على السارق بأكبر قيمة وصل إليـها الشئ المسـروق فى الفـتـرة بين السـرقـة ورفـع الدعـوى . وللمجنى عليه الخيار بين هذه الدعوى وبين دعوى الإسترداد . ويختار المجنى عليه أى من الدعويين وفقاً لما تمليه عليه مصلحته . ففى حالة هلاك الشئ بين يدى السارق تكون للمجنى عليه مصلحة فى رفع دعوى الدين ، إذ أن هذه الدعوى يمكن رفعها حتى ولو هلك الشئ بفعل القوة القاهرة . وتكون مصلحة المجنى عليه فى رفع دعوى للإسترداد فى حالةو جود الشيئ فى حيازة شخص آخر غير السارق .

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٥٤ ، د/ محمود سلام رناتى - المرجع السابق - ص ٢٩٦ .

المطلب الثالث

جريمة الإعتداء على مال الغير

damnum injuria detum

تعريفها[١] :

هى الإضرار بدون وجه حق بمال الغير ، فهى كالسرقة تقع على مال الغير ولكنها تختلف عنها فى أنها لا ترتكب بقصد الكسب وإنما بقصد الإتلاف أو نتيجة خطأ يقع من الفاعل .

ولم ينص قانون الألواح الإثنى عشر على جزاء الإضرار بأموال الغير بدون وجه حق إلا فى حالات معينة ، من أهمها الرعى فى أرض الغير ، وقطع أشجار من أرض الغير ، ترك الشخص ماشيته ترعى فى أرض الغير ، إحراق منزل بإهمال ، كسر الشئ المملوك للغير ، كسر عظام رقيق مملوك لآخر .

وفى بعض هذه الحالات كان الجزاء يتمثل فى إلزام الفاعل بتعوى الضرر الحادث ، كما هو الحال فى إحراق بيت أو الرعى فى أرض الغير ، وفى البعض الآخر كان الجزاء يأخذ صورة إلزام الفاعل بدفع مبلغ معين كما هو الحال بالنسبة لقطع شجرة حيث كان الفاعل يلتزم بدفع

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٥٦ ، د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٩٧ .

٢٥ آس .

وهذه الحالات المحددة التى وردت بقانون الألواح الإثنى عشر كانت تفى بالغرض حينما كان المجتمع الرومانى مجتمعاً زراعياً بسيطاً . ولكن عندما تطورت ظروف هذا المجتمع بدأ قصور هذا القانون واضحاً وزصبحت الحاجة ماسه إلى مواجهة حالات الإضرار بمال الغير على نحو أكثر شمولاً . ولذلك صدر قانون أكويلياla loi aquilia » ويشتمل هذا القانون على ثلاثة فصلو ، كل منها يواجه صوره من صور الإضرار بمال الغير :-

الفصل الأول : ويتعلق بالقتل الذى يقع دون وجه حق على عبد أو حيوان من الحيوانات التى تعيش فى قطيع كاالخيول والإبقار والغنم . وجزاء القتل فى هذه الحالة غرامه تتحدد بأعلى قيمة بلغها العبد أو الحيوان خلال السنة السابقة على الجريمة . وفى حالة إنكار المدعى عليها تضاعف الغرامه .

الفصل الثانى: يواجه حالة خاصة من حالات الإضرارب مال الغير تتمثل فى قيام دائن تبقى بإبراء ذمة المدين من الدين إضراراً بمصلحة الدائن الأصلى . وقد فقدت هذه الحالة أهميتها فى العصر العلمى عندما أصبح من الممكن للدائن الحقيقى رفع دعوى الوكالة فى مواجهة الدائن التبعى ، وفى قانون جستنيان لم يعد هذا النص يطبق عملاً .

الفصل الثالث : - وهذا الفصل يتضمن ثلاثة للإضرار بمال الغير، أولهما يتعلق بحالة جرح عبد أو حيوان من الحيوانات التى تعيش فى قطيع ، وثانيهما يتعلق بقتل أو جرح حيوان من الحيوانات الأخرى التى تعيش فى قطيع ، وثالثهما خاصة بالأضرار الناجمة عن حرق أو كسر أو قطع الأشياء الزخرى . وكان الجزاء المقرر لهذه الأفعال يتمثل فى غرامة تحدد على أساس أعلى قيمة بلغها الشئ خلال الثلاثين يوماص السابقة على الجريمة (١) .

وقد إمتد نطاق تطبيق هذا القانون إلى أفعال أخرى تعتبر من قبيل الإضرار بأموال الغير لم تكن فى الأصل تقع تحت طائلتة . وقد تم هذا التطور بفضل جهود الفقه والحاكم القضائى . وسنعرض فيما يلى لشروط الجريمة والجزاءات المقررة لها فى قانون أكويليا ذاته ، ثم فى العصر العلمى وفى ظل قانون جستنيان من خلال الفروع الآتية : -

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٥٧ - د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق -

الفرع الأول

احكام الجريمة فى ظل قانون اكويليا

ونستند فى هذا المقام لشروط الجريمة وفقاً لهذا القانون والجزاءات المقرره لها من خلال الآتى : -

اولا : شروط الجريمة :-

١- أن يكون الضرر قد وقع دون وجه حق . فإذا كان الضرر الذى أصاب الغير قد وقع بسبب إستعمال حق فليس هناك جريمة .

٢- أن يكون الضرر مادياً قد أصاب جسم الشئ ذاته والذى يمتلكه الضحية ، وذلك بعمل إيجابى من قبل الجانى . ولذلك فلا ينطبق القانون مثلاً فى حالة الشخص الذى يتسبب بصراخة فى إفزاع حصان يرعى على مقربة من منحدر ماء إندفاعة إليه وغرقه فيه ، مضراً فى الرجل أفزع الحصان مما تسبب فى موته ، لكن الرجل لم يأتى عملاص مادياً على جسم الحصان (١) .

٣- أن دعوى التعويض لا تستخدم إلا فى مواجهة الشخص الذى تسبب مباشرة فى الخسارة ولذلك فإن من حبس عبداً مملوكاص لآخر لا يقع تحت طائلة هذا القانون إذا هلك العبد بسبب الجوع .

---

(١) جودميه - القانون الرومانى - الجزء الأول - ص ٢٧٢ .

٤- أن يكون الضرر قد وقع عن فعل إيجابى لا عن إقتناع . ولذلك فإن الجار لا يسأل عن الحريق الذى يحدث ف يمنزل مجاور له ولم يبذل أى مجهود فى إخماد هذا الحريق .

ثانيا : - الدعوى الناشئة عن قانون أكويليا:

هذه الجريم يعاقب عليها بمقتضى الدعوى الناشئه عن قانون أكويليا والتى توجد منذ وجود دعاوى القانون . وهذه الدعوى تعتبر دعوى جنائية ترمى إلى الحكم على الجانى بغرامه شرعية تختلف حبس موقف الجاين . فإذا إعترف بجريمتة ، يرفع المجنى عليه دعوى طلب تعيين قاضى أو حكم ، ويحكم فى هذه الحالة بقيمة الشئ المتعدى عليه وفى حالة الإنكار ترفع دعوى الرهان الشخصية ويحكم فيها بضعف القيمة .

أما عن طبيعة هذه الدعيو فإنها تعد أقرب إلى الدعوى الجنائية منها إلى الدعوى المدنية إذ إنها من ناحية تؤدى فى بعض الحالات إلى حصول المجنى عليه على أكثر من قيمة الشئ كما هو الحال فى حالة إنكار المدعى عليه إحداث الضرر وفى حالة الإعتراف كان الحكم يصدر بأعلى قيمة وصل إليها الشئ سواء خلال السنه أو خلال الثلاثين يوماً السابقة على وقوع الضرر . ومعنى ذلك أن ما يحكم به فى كلتا الحالتين يتجاوز قيمة الشئ وقت رفع الدعوى . والفرق بين القيمتين هو

بمثابة جزاء . كما أن هذه الدعوى يطبق عليها كقاعدة عامة القواعد الخاصة بالداعاوى الجزائية .(١)

---

(١) د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص ٢٠١ - مونييه - المرجع السابق - ص ٥٩ .

الفرع الثانى

أحكام الجريمة فى العصر العلمى وقانون جستنيان

طرأت على جريمة الإضرار بأموال الغير ، فى العصر العلمى وفى ظل قانون جستنيان بعض التغيرات التى تتعلق بشروط الجريمة ، وبالجزاءات التى تترتب عليها .

أولا : فيما يتعلق بشروط الجريمة :

١- من حيث أساس المسئولية :

نجد أن فقهاء العصر العلمى ما زالوا يتطلبون وقوع الضرر دون حق ولا يرفعون الدعوى عن الضرر الحادث نتيجة إستعمال حق حتى ولو كان صاح الحق يقصد بفعله الإضرار بالغير(١) . لكنهم توسعوا فى تفسير العلاقة بين الفعل والضرر الذى حوت نتيجة له . وقد رتب على هذا التوسع فى التفسير إن أصبح بالإمكان رفع دعوى قانون أكويليا فى حالات لم يكن من الممكن فى الماضى رفعها بشأنها .

فلا يكفى إذن أنى كون الفصل مخالفاً للقانون ، بل يشترط وقوع .. أى تقصير من جابن الفاعل مهما كان هذا الخطأ يسيراً . ويقدر

مونييه – المرجع السابق – ص ٥٩ ، حيث أشار إلى أن الشخص الذى يقبل عبداً كان يحاول الإعتداء عليه لايعد مرتبكا لهذه الجريمة ولايعاقب بمقتضى هذا القانون الذى يجيز حق الدفاع الشرعى .

هذا الخطأ على أساس مسلك الشخص الذى يوجد فى مثل ظروف الفاعل ، كعدم مراعاة القواعد الفنية المعتاده فى المهنة مثلاً أو عدم إخطار الماره فى الطرق قبل هدم البناء مثلاً (١) .

- وهذا الخطأ لاد أن يتمثل فى فعل إيجابى ، فالشخص الذى يقتصر تصرفه عل يمجرد عدم منعه لوقوع الضرر لا يعد مسؤلاً بمقتضى هذا القانون عن الخسارة التى تترتب على الفعل . وكذلك الشخص الذى يرى النار تندلع ، ولم يحاول إخمادها لا يعد مخطئاً ومن ثم لا يسأل بمقتضى هذه الدعوى .

٢- من حيث الأفعال الضارة :

- نجد أن هذا القانون لم ينص صراحة إلا على عدد معين من الأفعال الضاره : القتل ، والجرح ، والخرق ، الكسر ، والقطع ، وقد توسع الفقهاء فقاسوا على القطع كل أفعال الإتلاف وهى أعم وأشمل .

٣- كذلك توسع البريتور وأدخل فى حكم هذا القانون الأفعال الت يوإن يأتيها بنفسه مباشرة ، كانت نتيجة تسبب هو فيها . فقد أصبح من الممكن مقاضاه من يقوم لعبداً طعاماً ما مسموماً أو من يحسب عبداً ويتركه يموت جوعاً أو من يفك وثاق عبد بعقد تمكينه من الهرب ، أو من يفزع حصاناً بصرحه فيندفع إلى هاوية ويلقى حتفه (٢) .

(١) د/ بدر والبدراوى - المرجع السابق - ص ٥١١ .

(٢) د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص ٣٠٢ - مونييه - المرجع السابق - ص ٦٠ .

٤- وأخيراً توصع البريتور فطبق أحكام هذا القانون لصالح الأجانب وكذلك لصالح غير المالك للشئ كالمنتفع وصاحب حق الإستعمال والمرتهن رهن حيازه وواضعه اليد حسن النيه .

ثانيا : تعديل الجزاء

فى عصر الفقيه جايوس قد وافق الفقهاء الرمان - فى مختلف الحالات - على إعطاء المجنى عليه عده دعاوى مقيده بإعتبارها مكملة للنظام المنصوص عليه فى قانون إكويليا ، ومن هذه الدعاوى .

١- الدعوى المقيده l'action utile وهذه الدعوى منحها البريتور فى الأحوال التى يكون الفاعل يفيها مسؤلاً عن الضرر دون أن يكون هذا الضرر نتيجة لإصابة مادية حدثت منه ، كما لو حبس شخص عبداً وتركه يموت جوعاً

٢- الدعوى المبنية على الواقع in factum وهذه الدعوى منحها البريتور فى الأحوال التى ينشأ فيها الضرر دون أنى صاب الشئ ماديا مادام أن الفاعل هو الذى تسبب فى وقوع الضرر ، كما فى حالة من يفك قيود عبد بدافع الشفقة فيهرب العبد .

٣- منح البريتور دعوى قانون أكويليا بطريق التوسع للأجانب رسوة بجماعة الرومان وصار يبنى صيغة الدعوى سواء لهم أو عليهم على إفتراض أنهم رومانيون .

٤- وأخيراً توسع البريتور فى تطبيق هذا القانون وأعطى الدعوى الناشئة عنه بناءاً على رأى الفقهاء لواضع اليد حسن النية وللمنتفع والدائن المرتهن رهناً حيازياً بعد أن كانت الدعوى قاصره على المالك وحده (١) .

ورغم كل هذه الإصلاحات العديدة فإن القانون الرومانى لم يتوصل حتى عهد جستنيان إلى تقرير حكم عام يقضى بالمسؤلية عن كل خطأ .

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٤٦ .

المبحث الثالث

الجرائم البريتوريه

delits prietoriens

مقدمه :

تدخل البريتور فى موضوع الجرائم - مثلما تدخل فى المجالات القانونية الأخرى - من أجل أن يصحح ويكمل قواعد القانون المدنى : فقد رأينا منق بل أنه قد أحل الدعوى بأربعة أمثال القيمة محل العقوبات الجسدية التى كانت توقع فى حالة السرقة الاهرة . كما أنه بناءاً على طلب الفقهاء الرومان أكمل النقض الوارد فى قانون إكويليا بواسطة الدعاوى المقثدة . كما أنه وسع من نطاق تطبيق دعوى السرقة ودعوى قانون إكويليا وذلك بمنحها للأجانب : فالدعوى المدنية كانت تفترض أن المجنى عليه والجانى يتمتعان بالصفة الرومانية ، والحكام للأجانب أن يستخدموا الدعاوى الصوريةl,actions ficticesضد الأجانب والتى كانت تعتمد على الحيلة .

وأخيراً فإن البريتور ، عمل جاهداً على تكملة الاقنون المدنى ، وذلك بالعقاب على أفعال جديدة غير مروعة ، وذلك بالإستعانة بدعوى السرقة ، وذلك تحت مسمى الجرائم البريتوريه (١) . وتتميز هذه الجرائم

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٦٤ .

بأنها مؤقته لمدة سنة أى يجب رفعها فى خلال سنة من وقت إرتكاب الجريمة .

وسوف نقتصر فى دراستها هذه على أهم الجرائم البريتوريه وهى الإكراه والغش .

المطلب الأول

جريمـــة الإكـــراه

« lemetus»

تعريف الإكراه :

هو إستعمال القوة أو التهديد بالحاق الأذى بحياة الشخص أو جسمة أو حريته هو أو أحد أفراد أسرته لحملة على عمل مادى كتسليم شئ مثل النقود أو إبرام تصرف من التصرفات القانونية كاالنزول عن ميراث أو دين أو بيع مال من أمواله أو التعهد بدين .

وفى القانون القديم كان فعل الإكراه غير معاقب عليه إلا رذا وقع الضرر المهدد به . فاالتهديد كان من الصعب ممارسته لارغام شخص على إبرام شخص على إبرام تصرفات قانونية شكلية تتطلب العديد من الشهود .

فاالبريتور هو الذى عاقب على التهديد بإستخدام دعوى جنائية ، ومن جهة أخرى إعتبر أن التصرفات التى تتم تحت التهديد مجرده من زى فاعلية « أى لا يترتب عليها أى آثار . إذ قد نص البريتور فى منشوره « لن أعتبر صحيحا ما تم تحت تأثير الرهبه »(١)

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٦٥ ، ٦٦ .

" Je ne tiendrai pas poumr valable , ce qui sere bait en usant de la crainte " .

ولكى يعـاقب على التـهـديد ، فـإنه يجب أن يكون له تأثيـر على شخص يتصف بالشجاعة فاالحكام لا يحمون الجبان كما أنه لا يشترط فى التـهـديد أن يكون جسـمانياً (مـادياً) بل يمكن أن يكون التـهـديد المعنوى كافياً للمساءله طالما أنه يحدث رهبة فى النفس .

ويعاقب البريتور على الإكراه بوسائل ثلاثة : - دعوى الإكراه ac-tio metus والدفع بالإكراه exceptio metus ، إعـادة الشئ إلى أصلة restitutio in integrum ob metum

١-دعـــوى الإكـــراه: - وهـذه الدعـــوى تنسب إل يالبــريتـــور أوكتافيوس « octavius » الذى تولى منصب الحـاكم القضـائى سن. ٧١ ق . م ، وأراد بها إجبار أنصـار الدكتاتور sulla على رد مـا سلبوه عن طريق الغصب .

أ - وهذه الدعوى كانت فى قانون جستنيان تعد دعوى شخصية inremsoipta يراعى بصـددها فـقط أن فـعل التـهـديد قـد وقع بدون البحث عما إذا كان الشخص الذى إرتكب فعل التهديد قد إستفاد منه أم لا .

ومع ذلك فإن هناك العديد من فقهاء العصـر الحديث أكدوا بأنه فى العصر العلمى كانت هذه الدعوى شخصية تحرك فقط ضد مرتكب فعل

التعدى ولا تحرك ضد الأغيار الذين لم يساهمون فى إرتكابها .

وفى نهاية العصر العليم أصبحت هذه الدعوى تحرك ضد الأغيار الذين يساهمون مع الفاعل فى تنفيذ التهديد . وفى عهد جستنيان توسع إستخدام هذه الدعوى بحيث أصبحت تستخدم ضد الأغيار حسن النية.(١)

ب – وتعد دعوى الإكراه دعوى جنائية : فهى تسمح للمجنى عليه من التهديد الحصول على أربعة أمثال الضرر الذى أصيب الشخص عن قيامهب عمل ما كان يقوم به لو لم يقع الإكراه .

ونظراً لكونها دعوى جنائية فإنها لا ترفع إلا فى خلال السنة التالية على إرتفاع الإكراه فإذا مضت مدة سنة دون أن يرفعها المجنى عليه ، فإنه لا يحق له إلا رفع دعوى بقيمة الضرر دعوى واقعية) . وهذه الدعوى الأخيرة يمكن للمجنى عليه أن يرفعها على ورثة الجانى إذا كانوا قد إستفادوا من هذه الجريمة .

جـ– هذه الدعوى – فى ظل قانون جستنيان – قد إقتربت من عدة نواحى بالدعاوى المدنية : –

– إذا تعدد الفاعلون فيها ، فإنه لا يجوز الجمع بين الدعاوى الجنائية قبلهم جميعاً بل أن دفع الغرامة من أحدهم تبرأ ذمة الآخرين .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٦٧ .

- قد أكد لابيون أن الشخص الذى يستخدم دعوى أربعة أمثال القيمة يمكنة أن يدفع أو يرد الدعوى التى يقيمها مرتكب التهديد وذلك بطريق الإستثناء وأكد بابنيان Papinien على أن الدائن الذى يتصرف تحت تأثير تهديد المدين يظل محتفاً بدينه كاملاً . وعل يالعكس أكد جوليان Julien أنه فى حالة إستخدام دعوى أربعة أمثال القيمة فإن مرتكب التهديد يمكنه أنى تغلب على هذه الدعوى برد الشئ الذى أخذه كرهاً . وهى لهذا تعتبر دعوى تحكميه فى عهد جستنيان .

- هذه الدعوى يمكن رفعها ضد ورثة المكره بقدر ما إستفادوا من الجريمة .

٢- الدفع بالإكراه [١] :-

يمنح هذا الدفاع فى حالة ما إذا كان التصرف الذى تم تحت تأثير الإكراه لم ينفذ بع ، فيستطيع المجنى عليه أنى دفع به دعوى المكره الذى يطالب فيها بتنفيذ التصرف . فلو أن شخصاً أكره على التعهد بدفع مبلغ من المال إلى شخص آخر وطالبه هذا الأخير بالوفاء كان له أنى دفع هذه المطالبة بدفع الإكراه .

٣- إعادة الشئ إلى أصله [٢] :

وهو إجراء يمنحه البريتور فى بعض الأحوال بعد فحص الموضوع

---

(١) د/ عمرو ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٤٩ .

(٢) د/ بدر البدرواى - المرجع السابق - ص ٥١٩ .

ويؤدى إلى فسخ التصرف وإعادة الشئ إلى أصله وهذا الإجراء (رد الشئ إلى أصله) يكون له فى بعض الحالات بعض المزايا لتمكده عن دعوى الإكراه . ومن أمثلة هذه الحالاتت الآتى : -

أ - إذا تنازل شخص تحت تأثير الركراه عن تركة ذات قيمة ، فبإعادة الشئ إلى أصلة يتمكن منق بلو التركة من جديد .

ب - فى حالة إعسار المكره أو إفلاسه ، فإن دعوى الإكراه يكون عديمة الفائده نظراص لأنها دعوى شخصية ، وفى هذه الحالة تكون دعوى الإسترداد أفضل له حيث تمكنه من إسترداد ملكيته عينا وذلك بعد صدور قرار البريتور برد الشئ إلى أصلة .

- ويلاحظ أخيراً أن الإكراه الذى يعاقب عليه القانون ويعتبره البريتور جريمة هو الإكراه الذى يقع على جسم الشخص أو يهدد حياته أو حريته أو عائلته أما التهديد بأذى يقع على المال فلا يؤثر فى صحة التصرفات ولا تنشأ عنه دعوى إكراه (١) .

---

(١) د/ بدر البدراوى - المرجع السابق - ص ٥١٩ .

المطلـــب الثانى

جريمـــة الغـــش

Dolus Melus

يفرق الفقهاء الرومان بين الغش المباح le dolus bonus والغش غير المباح le dolus malus . والغش المباح هو الغش المشروع ، ومن أمثلته المغلاه فى قيمة الشئ المباع أو الغش فى قيمته . وهذا النوع من الغش كان يقع ضد الأجنبى أو العدو ، لأنه كان لا يعترف بأى حق من الحقوق للأجنبى أو العدو . ويعتبر أيضاً من الغش الجائز أساليب الإمتناع والكذب التى تعتبر من قبيل المهاره فى المعاملات ، فلا يعتبرها القانون مبطلة للتصرفات أو معيبة للرضا ، كإجتهاد البائع فى إبراز ما يعرضه فى أحسن صورة وإجتهاد المشترى فى بخس الثمن.

أما الغش غير المباح فهو الغش الذى يعتمد على الخداع أو الحيلة بقصد إيهام شخص بأمر غير مطابق للواقع وإيقاع الضرر به . وهذا هو الغش الذى إعتبره البريتور جريمة وعاقب عليه نظراً لأنه يتنافى مع مبدأ حسن النية والشرف فى المعاملات .

– وقد منح البريتور للمجنى عليه وسائل ثلاثاً لحماية حقوقه ، وهى دعوى الغش والدفع بالغش ، وطلب إعادة الشئ إلى أصله :

أولاً : دعوى الغش[١] l'action de dolo

هذه الدعوى تعد جنائية كدعوى الإكراه ، ومن ثم فإنها لا ترفع على ورثة الجانى – ولا ترفع إلا فى خلال سنة من وقت وقوع الفعل المجرم . وفى عهد قسطنطين أصبحت هذه المده سنتين متصلتين ، أى بدون وقف وإنقطاع ولكن البريتور – فى تاريخ لاحق – أعطى للمجنى عليه دعوى مبنية على الواقع ، تحدد بقيمة الثراء التى عاد على الجانى من إرتكاب الفعل المجرد .

– ومن ناحية أخرى فإن دعوى الغش تعد من الدعاوى الشرية noxale ، ومن ثم تعتبر من الدعاوى المخلة بالشرفة : فأحيانا يعطى البريتور الدعوى الواقعية صياغة معينة حينماى كون مرتكب فعل الغش صاحب سلطة أو هيمنه على المجنى عليه مثل صاحب العمل الذى يتمتع بسلطة على المعتق الذى يعمل لديه ، إذا كان هذا الأخير فى وضع المجنى عليه من جريمة الغش [٢] .

أما فيما يتعلق بخصائص هذه الدعوى نجد أنها :-

١- تعتبر دعوى إحتياطية action subsidiaite بمعنى أنه لا يجوز رفعها إلا إذا لم يتمكن من وقع فى الغش من الحصول على

(١) مونبية – المرجع السابق – ص ٧٠ ، د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٥٠ .

(٢) مونبية – المرجع السابق – ص ٧٠

تعويض الضرر بطريق آخر مثلاً باستعمال الدعوى الناشئة عن العقد أو بإستعمال الدفع (١) .

٢- أن هذه الدعوى لا تستخدم إلا بعد فحص العمل غير المشروع ، كما أنها لا تستخدم بصرر عقود حسن النية ، لأن الغش ف هذه الحالة يعاقب عليه دائماً بالدعوى الناشذة عن العقد .

٣- فى العصر العلمى وفى عهد جستنيان كانت هذه الدعوى لا ترفع إلا على مرتكب فعل الغش .

- وفى نهاية تطور القانون الرومانى نجد أن هذه الصفة الجنائية التى تتصف بها هذه الدعوى قد خفت حددتها بواسطة بعض القواعد التى نقر بها إلى حد ما من الدعاوى المدنية .

١- فأصبحت دعوى الغش دعوى بسيطة بقيمة الضرر وحده .

٢- لا يجوز الجمع بينها وبين الدعاوى المدنية الأخرى ولا يجوز قبض قيمتها سوى مره واحده إذا تعدد الفاعلون .

٣- يجوز رفعها على ورثة الجانى بقدر ما إستفادوا

٤- فى ظل قانون جستنيان كانت تعتبر هذه الدعوى تحكمية تؤدى إلى الحكم برد الشئ عينا .

---

(١) فى عهد جستنيان توسع نطاق هذه الدعوى ، وقعدت معناها كدعوى إحتياطيه إذا أصبحت تستخدم فى حالة الغش الذى يرتكبه بصدد عقد بيع .

ثانياً : الدفع بالغش [1] exceptio doli

ويستخدم الدفع بالغش فى الحالة التى لا يكون التصرف الذى تم إبرامه بإستعمال الطرق الإحتمالية قد تم تنفيذه ، وذلك ليستطيع من وقع فى الغش إسقاط الدعوى التى يرفعها الفاعل ويطالب فيها بتنفيذ التصرف .

والدفع بالغش لا يسقط بمعنى المده ، بمعنى أن للمدعى عليه التمسك به مهما مضت من مدة بعد تكشف الغش .

ثالثاً : إعادة الشئ إلى أصلة :

« in integrum restitutio lbdolum

وهذا الإجراء لم يكن له قيمة كبيرة فى قانون جستنيان ، حيث أن دعوى الغش كانت – من الناحية العملية – تقوم بنفس الدور التقليدى للدفع . كما أن هذا الدفع كان لا يستخدم إلى فى الحالات التى يرتكب فيها الغش أثناء الدعوى ولكن فى العصر العلمى أصبح هذا الدفع يستخدم كثيراً من أجل إبطال الإلتزام أو نقل الملكية المترتبة على التقسيم . وفى عصر الإمبراطورية السفلى فإن دعوى العقد ذاتها هى التى تؤدى إلى إبطال التصرفات حنس النية إذا كانت معيبة نتيجة لغش جسيم أو تعدى . ولكن دساتير القرن الثالث أكدت أن فكرة إعادة الشئ

(١) د/ بدر اليدراوى – المرجع السابق – ص ٤٥١ – مونييه – المرجع السابق – ص ٧١ .

إلى أصلة هي التي أدت إلى فكرة إبطال التصرف الذى يبرم بالمخالفة لقواعد حسن النية [١] .

وإعادة الشذ إلى أصله هو أمر يصدره البريتور بماله من سلطة ولائية ، بعد فحص النزاع ، وبمقتضاه يعتبر التصرف الذى صدر بناءاً على الغش كأن لم يكن .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٧٢ .

تقسيم العقود فى القانون الرومانى :- (١)

كانت العقود فى العصر العلمى تنقسم إلى تقسيمات مختلفة بحسب الزاوية التى يتم النظر منها إلى العقد .

١- من حيث كيفية إنعقادها : تنقسم إلى عقود لفظيه « cont- nots en verlraux » ، وهى عقود تطلب لإنعقادها التفوه بألفاظ معينه وصيغ خاصه . وعقود كتابيه « litteris » وهى التى تنعقد بالتدوين فى سجل معين . وعقود عينيه « Re» وهى تتم بتسليم عين (أو شئ) . وعقود رضائية « consensu » وهى تنعقد بمجرد التراضى .

٢- من حيث الآثار المترتبة عليها تنقسم إلى عقود تبادليه ، وهى العقود التى تتولد عنها إلتزامات على عاتق كل من الطرفين ، مثل عقد البيع الذى يرتب إلتزاما على عاتق البائع بتسليم الشئ المبيع والتزاماً على عاتق المشترى بدفع الثمن . وعقود ملزمه لجانب واحد ، وهى العقود التى تتولد عنها إلتزامات فى جانب أحد المتعاقدين فحسب ، مثل عقد القرض حيث يلتزم المقترض برد القرض بينما لا يتحمل المقرض بأى إلتزام،وعقود تبادليه ناقصه وهى تأخذ مكاناً وسط بين النوعين السابقين ، فهى عقود لايتولد عنها كقاعدة عامه ، عند إنعقادها سوى إلتزام فى جانب أحد المتعاقدين لكنها قد تؤدى إلى نشوء إلتزام على

(١) جودميه – المرجع السابق – ص ٢٥٤ .

عاتق الطرف الآخر . ومثال هذا النوع من العقود الوديعة . فا الوديعة لا يترتب عليها أساساً سوى إلتزام المودع عنده برد الوديعة إلى المودع عند طلبها . لكن المودع عنده إذا إضطر إلى إتفاق بعض المصروفات للمحافظة على الشئ المودع فإن له مطالبة المودع بردها . فا المودع إذن يصبح ملزم برد هذه المصروفات إلى المودع عنده . (١)

٣- من حيث مجال إستقبالها : تنقسم إلى عقود تابعة للقانون المدنى وعقود تابعة لقانون الشعوب.والعقود التى تخضع للقانون المدنى والمقصورة على جماعة الرومان كانت محدودة العدد ، وتنحصر فى العقد الكتابى والعقد الشفوى فى صورته الأولى . أما بقية العقود الأخرى وهى عقود الإشتراط والعقود غير الرسمية فكانت جائزه فيما بين الرومان وغيرهم إذ ظهرت كلها فى قانون الشعوب .

٤- من حيث الدعاوى التى تحميها : تنقسم إلى عقود القانون الضيق وعقود حسن النيه . فعقود القانون الضيق لا تشمل سوى العقود الرسميه (العقد الشفوى والعقد الكتابى) وعقد القرض أو عقد عارية الإستهلاك . أما ماعداها من العقود ضمن عقود حسن النية .

- وفى مجال دراستنا للعقود سنكتفى بدراسة النظرية العامة العامة للعقود ، ثم نتكلم عن أوصاف الإلتزام التعاقدى ، ونظرية النيابة ، [illegible]

---

(١) محمود سلام زناتي – المرجع السابق – ص ١١٨ .

المبحث الأول

النظرية العامة للعقود

وفى هذا المضمار نركز دراستنا على دراسة القواعد العامة التى تطبق على جميع العقود . ويقسم الشراح عادة هذه القواعد إلى قسمين:-

قسم يتعلق بالأركان أو العناصر الجوهرية للإلتزام والتى يجب توافرها فى كل عقد بحيث لا ينعقد بدونها ، وقسم يتعلق بالعناصر العرضية التى قد توجد فى العقد أو لا توجد ، ولكن لا يؤثر وجودها أو عدمها على صحة العقد ، ونتناول هذين القسمين من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الأركان الموضوعية للعقد .

المطلب الثانى : - العناصر العرضية للعقد .

المطلب الأول

الأركان الموضوعية للعقد

يحصر القانون المدنى الأركان الجوهرية للعقد فى أربعة : الرضى ، وأهلية المتعاقدين ، والمحل والسبب . أما فى القانون الرومانى فتقتصر العناصر الموضوعية فى ثلاثة شروط : - الرضا والأهلية والموضوع ، أما السبب فلا يعتبر شرطاً لصحة العقد .

أولا : الرضا consentement :

إن فقهاء القرن الثانى بعد الميلاد ، قد سلطوا الأضواء على الدور الذى يقوم به عنصر الرضا سواء فيما يتعلق بالعقود الرضائية أو فى العقود الشكليه . فيجب أن يكون هناك توافق إرادتين ، إرادة الشخص الذى بموجب العقد يصبح دائنا ، وإراده الشخص الذى يصبح مديناً . فا الصراع القديم الذى كان يدور بين الشكليه والإعتراف بدور أساس لإرادة الأطراف قد إنحسم بقانون جستنيان الذى غلب دور الإراده على الشكل . فا المشارطة أو العقود العينية تكون باطله إذا لم تكن قد أبرمت بناءاً على إتفاق . (١)

فلكى يكون هناك عقداً يولد إلتزاماً فلا يكفى توافر إرادة أحد الطرفين فقط ، وإنما يجب أن يكون هناك موافقة من الطرف الآخر .

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٧٨ .

على أن هناك إستثناءات ثلاثة نص عليها القانون الرومانى وإعتبر فيها الإرادة المنفردة ملزمة لصاحبها بمجرد إعلانها : -

١- النذر الصادر إلى أحد الآلهه « votum » .

٢- الهبه الصادره إلى إحدى المدن « Pollicitatio ».

٣- الإعلان عن جائزه لمن يعثر على عبد هارب « indicium ».

فـا الإيجـاب الصـادر من أحـد الطرفـين فى غـيـر هذه الحـالات الإستثنائية لا يلزم صاحبه ، وللموجب العدول عنه حتى صدور القبول من الطرف الآخر .(١)

ومن ثم فإن العقد لا يكون قد إكتمل تكوينه إذا كان وجود الرضا ظاهرياً فقط أو لا وجود له ، ومثال ذلك العقد الذى يبرمه المجنون أو المعتوه .

ويجب أن لا يغيب عن الذهن أن العقد فى القانون إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وإما أن يكون صحيحاً . فا القانون الرومانى لم يعرف نظرية البطلان النسبى فى العقود بالنسبة للعيوب التى تلحق بالرضا .

وعيوب الرضا فى القانون الحديث متعدده ، مثل الغلط ، والغش أو التدليس ، والإكراه أما فى القانون الرومانى نجد أن البريتور قد عاقب

---

(١) د/ بدر البدرواى – المرجع السابق – ص ٥٢٨ .

على الغش والإكراه فى النطاق الجنائى : فكل الوسائل الإجرائيه التى وضعها البريتور تحت تصرف الشخص الذى أبرم العقد تحت تأثير الغش أو الإكراه تزيل أى فاعليه للتصرف المطعون فيه وتعطى للمجنى عليه حق طلب التعويض عن الجريمة المرتكبه . فا الغش والإكراه جريمتان لا يترتب عليهما إنعدام الرضا ، فا العقد قائم وللمجنى عليه الحق فى إبطاله أو عدم تنفيذه إن شاء بالوسائل التى قررها البريتور لحمايته . (١)

الغلط :

والغلط هو إعتقاد على خلاف الحقيقة يمنع المتعاقد من الموافقة على إبرام العقد . وهذا الغلط يمكن أن يكون جسيماً ، ويؤدى وفقاً للقانون الحديث إلى البطلان النسبى أو المطلق للعقد . وهذا النوع من الغلط الذى يؤدى إلى بطلان العقد لم يؤخذ فى الإعتبار إلا فى قانون جستنيان .

والغلط الذى يعدم الرضا وفقاً للقانون الرومانى هو الذى يقع فى أحد أمور ثلاثة :-

١- **إذا وقع الغلط فى طبيعة العقد** « errorinnegotio » . فهذا

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٧٩ ، د/ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٧٨ .

النوع من الغلط يؤدى إلى إنعدام العقد لأنه لا يوجد أى نوع من الإتفاق بين الطرفين على نوع العقد : كأن يأخذ شخص مبلغاً من النقود من شخص آخر على سبيل القرض بينما يعتقد الآخر أنه هبه ، فلا ينعقد العقد فى هذه الحالة لعدم توافق الطرفين على نوع العقد إذ لا يوجد هنا هبه ولا قرض . فا الغلط وقع فى ماهيه العقد ذاته .

٢- إذا وقع فى شخص المتعاقد معه « errorinpersona » كأن يعتقد أحد الطرفين أنه تعاقد مع شخص معين فى حين أنه تعاقد مع غيره . كما يحدث فى عقد الشركة أو الوكاله . بإعتبارها من العقود الذى يكون شخص المتعاقد فيها محل إعتبار . أما الغلط فى صفة من صفات المتعاقد فإنها لا تؤثر فى صحة العقد ، كأن يتعاقد شخص مع آخر على أنه حر فإذا به عبد ، أو يتعاقد معه على أنه بالغ فإذا به قاصر عن ٢٥ سنه .

٣- إذا وقع الغلط فى ذاتيه الشئ محل التعاقد « error in corpere »، كما لو كان شخص يملك منزلين فباع أحدهما والمشترى يعتقد أنه يشترى الآخر ، أو كما لو اعتقد المشترى أنه يشترى عبداً بينما البائع يتعاقد معه على ماشيه .

٤- إذا وقع الغلط فى مادة الشئ « in materia » فإنه لا يؤثر فى صحة العقد بالنسبة لعقود القانون الضيق ولكنه بعدم الرضا ويمنع من إنعقاد العقد فى عقود حسن النية ، كأن يشترى شخصاً حلياً من ذهب فيتبين له أنها من نحاس أو يشترى نبيذ فيظهر له أنه خل .

ثانيا : الاهلية la capacite :

لكى يكون العقد صحيحاً ، فإن الرضا لابد أن يكون صادراً من أشخاص مؤهلين ، أى تتوافر لديهم الآهلية القانونية لإبرام العقد . ودراسة الأهلية بصفة عامة قد تعرضنا لها فى معرض الكلام عن الأشخاص . ولذلك سوف تقتصر دراستنا هنا على بيان الأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود بإعتبارهم غير مؤهلين لإبرام أى عقد من العقود ، والأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود بإعتبارهم مدينين .(١)

١- **الصبى المميز** : فإذا كان التاجر مستقلاً بحقوقه فإنه يكون مؤهلاً لوضع الشرط الأفضل له فإنه يمكن أن يصبح دائنا فى أحد العقود . ولكنه لا يستطيع تقدير الشرط الضار بالنسبة له ، ومن ثم فإنه لا يصبح مدينا بدون الرجوع إلى الوصى عليه .

أحيانا . وعن طريق التحريف – إعترف فقهاء العصر العلمى ، وعصر جستنيان بصحة التصرفات التى يجريها القاصر بدون رضاء الوصى عليه وذلك فى الحدود التى أثرى بها القاصر .

والعقد الذى يبرم تحت سلطة الوصى يعد صحيحاً وفقاً للقانون المدنى ، ومع ذلك فإن القاصر الذى يقوم بإبرام تصرف قانونى : يمكنه أن يطلب من البريتور فسخ التصرف وإعادة الشئ «restitutio in

---

(١) صوفى ابو طالب - المرجع السابق - ٨١

integrum » إذا لحقه غبن ولو لم يكن ناشئا عن غش من الطرف الآخر .

- أما إذا كان القاصر خاضعاً لسلطة غيره فإنه يمكنه أن يتدخل فى تصرف قانونى لكى يتولد له حق الدين والذى يكتسبه بصفة مباشرة رب أسرته ولكنه يعد عديم الأهلية بصفة مطلقة بالنسبة للإلتزامات التى تتولد عن العقود الذى يبرمها

٢- **القاصر الذى لم يبلغ سن الخامسة والعشرين** : فهؤلاء يمكنهم أن يطلبوا من البريتور فسخ العقد وإعادة الشئ إلى أصله إذا ما وقعوا فى غبن . ولكنهم لا يعتبرون ناقص الأهلية بالنبسة للإلتزامات التى تترتب على عاتقهم من العقود الذين يبرمونها إلا فى عصر الإمبراطورية السفلى .

٣- **السفية** الذى يوضع تحت القوامه لا يمكنه أن يكون دائنا ، ولكنه يكون مؤهلاً للتحمل بالإلتزامات التى تتولد عن العقود الذى يبرمها طالما أنه رجع إلى رأى القيم عليه .

٤- **البالغات المستقلين** بحقوقهم ظلوا لفترة طويلة خاضعين للأوصياء عليهم بالنسبة للعقود الذين يقومون بإبرامها : وعدم الأهلية المطلقة لم يعد لها وجود منذ عصر جستنيان ، ولكن هناك عدم أهلية خاصة بالنساء ظلت قائمة حتى نهاية عصر القانون الرومانى . فمنشور أغسطس الذى عدل بواسطة الإمبراطور كلود كان يحظر على ال

كفاله دين الزوج .

والغرض من ذلك هو حماية المرأة من تأثير زوجها عليها والذى يراعى مصلحته الخاصه عند إبرام العقود . ولكن فى عصر نيرون Néron عمم قرار مجلس الشيوخ عدم الأهلية هذه إستناداً إلى فكرة أن العقد يكون جزاءاً من تصرفات الحياة العامة الذى يقتصر إجراءها على الرجال . وقد برر فقهاء القانون الرومانى هذا المعيار ، بأن المرأة بسبب جنسها غير مؤهله لإدراك الخطر الذى يترتب على بعض التصرفات التى توضع فى مصلحة زوجها أو فى مصلحة المدين أى كان . ومنذ ذلك الوقت خظر على النساء أن تلتزم بديون الغير ، أو تكون ضامنه بتقديم رهن رسمى أو حيازى عن أموالها لمصلحة شخص آخر . وعلى العكس يجوز للمرأة أن تتصرف فى مال من أموالها بقصد الوفاء بدين الغير لأنه من السهل عليها أن تعرف مدى خطورة تصرفها .[1]

وقد عالج جستنيان موضوع كفالة دين l'intercessio الزوج أو دين الغير من قبل المرأة بطريقة مختلفة . فا المرأة يمكنها أن تتنازل عن الدفع (الإستثناءات) الذى يحميها سواء بإعلانه بتصرف رسمى أو أمام ثلاثة شهود ، يشهدون بأنها حصلت على المقابل من الشخص الذى كفلت دينه ، أو بإجازتها له بعد مضى سنتين على صدوره منها .

---

١) مونييه – المرجع السابق – ص٨٢ .

٥- إبن الأسرة الخاضع لسلطة أبيه إذ ليس له حتى نهاية عصر الجمهورية حق التعاقد مع الغير وكذا بنت الأسره حتى العصر البيزنطى . غير أن إبن الأسره بقى عديم الأهلية فيما يتعلق بعقد القرض طبقاً لقرار مجلس الشيوخ . (١)

٦- العبد لا يصير دائناً ولايلتزم فى عقد إلا طبقاً للقانون الطبيعى فقط .

ثالثا: الموضوع أو المحل l'obejet :

موضوع العقد يتمثل فى الآداء التى يلتزم به المدين ويطلب به الدائن ، وهذا الآداء هو الذى يتولد عنه حق الدائن ، وبدونه لايكون هناك إلتزام . ومحل الإلتزام قد يكون نقل ملكية شئ أو إنشاء حق عينى ، وهو ما يعبر عنه فى القانون الرومانى بإعطاء شئ dare كمحل إلتزام المشترى بدفع الثمن والمستأجر بدفع الأجره ، وقد يكون القيام بعمل معين Facere كمحل إلتزام المؤجر بتسليم العين المؤجره ، وقد يكون أخيراً إمتناع عن عمل non facere.

شروط محل العقد : - (٢)

يجب لصحة العقد توافر الشروط الآتية فى محل العقد :-

١- أن يكون المحل أمرا مشروعاً licite ، أى أن لايكون مخالفاً

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٨١ .

(٢) جيرار – المرجع السابق – ص ٤٣٩ ومابعدها ، مونييه – المرجع السابق – ص ٨٤.

للنظام العام أو الآداب أو القانون . فا التعهد بإرتكاب جريمة أو ترك الجانى يرتكب الجريمة بدون عقاب عليها ، أو بيع حق الميراث فى تركه قبل وفاة صاحبها باطلاً لمخالفة القانون فى الحالة الأولى والثانية ، ومخالفة الآداب فى الحالة الثالثة . إذ أن التصرف الأخير يتضمن الرغبة فى إنهاء حياة المورث بطريقة غير طبيعة للحصول على الميراث .

٢ - يجب أن يكون محل الإلتزام أمراً ممكناً « Possible » مادياً وقانونياً : فلا يكون هناك محل للإلتزام وبالتالى لا يكون هناك عقد إذا كان محل الإلتزام أمراً غير ممكنا من الناحية المادية أو القانونية مثلما يحدث فى التعهد بشئ يستحيل وجوده كبيع رقيق مات أو بيع حيوان خيالى لا وجود له إلا فى مخيله الناس كالعتقاء مثلاً أو تركه لا وجود لها . كما لا يجوز التعهد بأمر مستحيل قانوناً كبيع رجل حر أو شئ دينى .

وفى كل هذه الحالات التى يكون فيها المحل أمراً مستحيلاً سواء من الناحية القانونية أو المادية ، لايتولد الإلتزام ، ومن ثم لا يكون هناك عقد . ونتيجة لهذا فإن العقد إذا كان ملزماً لجانبين ، مثل البيع فإن إلتزام البائع هو سبب إلتزام المشترى ، فإذا لم يقم البائع بتنفيذ إلتزامه جاز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن ، أو يطالب بإسترداده إذا كان قد دفعه بطريق الخطأ .

ويوجد هنا تساؤلا على جانب كبير من الأهمية ، مما يجعله جديراً بالمناقشة . يتمثل فى الآتى : -

إذا كان الدائن أو المشترى قد أصابه ضرر من جراء بطلان الإلتزام ، الذى كان يعتقد بصحته أى كان حسن النية وبمعنى آخر كان يعتقد بأن العبد حياً أو أن الشئ محل الإلتزام ممكنا ، هل يحق له المطالبة بالتعويض عن الخساره التى لحقته من جراء ذلك ؟

إن القانون الرومانى القديم قد أجاب على هذا السؤال بالنفى ، مما يعنى عدم أحقيه الدائن أو المشترى بالمطالبه بالتعويض عما لحقه من خساره من جراء ذلك . أما القانون الرومانى الحديث فقد إنحاز بجانب الدائن الذى وقع تحت تأثير الغش سواء فيما يتعلق بعقود القانون الضيق أو فى عقود حسن النية .

ففى عقود حسن النية ، وقف القضاء بجانب الدائن وذلك بأن قرر صراحة بأنه فى عقد البيع ، لا يوجد بيع ولا يوجد دعوى شراء action empti ، وبالتالى لايمكن إستخدام الدعوى الواقعية من قبل البريتور in Factum . ولكن هناك إستثناء يرد على ذلك يتعلق بعدم الإستحالة القانونية التى تتعلق بوضع الشخص الحر بالنسبة للشخص الى تم بيعه على أنه عبد ، أو بالحالة التى يعتبر فيها البيع قد أعطى للمشترى الحق فى دعوى الشراء [1] ، وكذلك الحالات الأخرى للإستحالة القانونية

---

(١) وهذه الدعوى قد تباينت حولها الآراء فيما يتعلق بشروط إستعمالها . ففيما يتعلق بشروط إستعمالها نجد أن هناك إتجاه فى الفقه الرومانى يمنع إستخدامها رلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من قبل البائع بينما يتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأن هذه الدعوى يكون لها محلا ! إبتداء من وجود الاستحاله سواء كان يعلم البائع بها أو لايعلم ، جيرار – المرجع السابق – ص ٤٤١ – الهامش .

بعض حالات الإستحالة المادية . ففى كل هذه الحالات سمح القانون الجديد للمشترى حسن النية الحق فى طلب التعويض عن الخسارة التى لحقته بسبب بطلان البيع .

أما بالنسبة لعقود القانون الضيق فإن المبادئ القانونية تبدو بالنسبة لها أكثر صلابه . ففى هذا المضمار نلاحظ أن حق الدائن لا يعاقب عليه بمقتضى دعوى العقد . فحق الدائن فى الدعوى يؤسس على غش المدين سواء بمقتضى مشارطة الغش إذا ما إحتاط الدائن لنفسه وأخذ وعداً من المدين بتجنب الغش ، أو فى الحالة العكسية ، بإستخدام الدعوى الجنائية (دعوى الغش) ، وذلك منذ نشأتها . ولكن الدائن الذى إحتفظ لنفسه بمشارطة الغش يكون فى وضع أفضل قليلاً من المشترى بل أنه لا يكون له الحق فى إستخدام دعوى العقد إلا إذا إرتكب المدين غشاً . ومن ثم لا يكون له هذا الحق إذا ما كان المدين حسن النيه . أما إذا لم يكن هناك مشارطة غش فإن وضع الدائن يكون سيئا لأنه لا يستطيع الإدعاء إلا إذا كان هناك أعمال أو تصرفات تنطوى على غش . ولا يملك فى هذه الحالة إلا الدعوى الجنائية عن الغش (دعوى الغش) ، الذى يجب أن ترفع فى خلال مدة معينة ، ولا تنتقل إلى الورثة (ورثة المدين) (١) .

٣- **يجب أن ينطوى محل الإلتزام على مصلحة للدائن** ، حيث أن

---

(١) جيرز : المرجع السابق – ص ٤٢٤ .

المصلحة هى مناط الدعوى ، فحيث لا مصلحة فلا دعوى وبالتالى فلا إلتزام . لأن القاضى – الذى يجب عليه أن يحكم بالتعويض فى حالة عدم التنفيذ لا يمكنه فى مثل هذه الحالة أن يحكم بأى شئ على الأطلاق . وبالتالى فإنه إذا كان العقد ملزم للجانبين فإن إلتزام الطرف الآخر لا يمكن أن يولد . وبطلان الإلتزام فى حالة إنعدام مصلحة الدائن يطبق فى حالات ثلاث : –

أ – إذا كان محل الإلتزام شيئاً مملوكاً للدائن ، فلا مصلحة لشخص أن يصير دائناً بشئ مملوك له ، ومثال ذلك أن يشترى شخص وهو لا يعلم شيئاً موروثاً له أو موصى به له .

ولكن هذا المانع يزول ويصبح العقد صحيحاً إذا ما وجدت المصلحة أو كان وجودها متوقعاً .

كما لو كان الشخص مالكاً للشئ وقت التعاقد ، ثم فقد ملكيته له فى مرحلة تالية ، ففى هذه الحالة تصبح له مصلحة من جراء الإلتزام .

ب– يصبح الإلتزام باطلاً إذا كان محلة غير معيناً تعيناً دقيقاً ، فلا قيمة لتعهد شخص بأنيبيع لآخر بدون تعيين المقدار مثلاً ، لأن أى مقدار منه يكفى فى هذه الحالة للوفاء بالدين وهو ما يتعارض مع مصلحة الدائن .

كما لا يجوز أن يترك تعيين الثمن فى عقد البيع إلى المشترى أو الأجره فى عقد الإجاره إلى المستأجر لأن مثل هذا الشرط قد يؤدى إلى

إنعدام مصلحة البائع أو المؤجر [١] .

جـ- *والنقطة التى آثارت جدلاً واسعاً بين المفسرين المحدثين هى التى تتعلق بمضمون مصلحة الدائن* فهل يجب أن تكون هذه المصلحة مالية « Peceruiaire » ؟

ظل هذا الشرط لفترة طويلة من الشروط الواجب توافرها لكل الإلتزامات سواء كانت تعاقديه أم عقود حسن نية.وكان هناك إجماع من الفقه على ضرورة توافر هذا الشرط . ولكن هذا كان يعد فعلاً من قبل الفقهاء أثار العديد من ردود الفعل . وهذا ما جعل فقهاء العهد الأخير من الإمبراطورية العليا يميلون إلى إعتبار المصلحة الأدبية تكفى للإلتزام فى عقود حسن النيه ، كما إذا وكل عبد شخصاً فى أن يشتريه من سيده لتحريره بعد ذلك ، ونفذ الوكيل الجزء الأول من الوكاله وهو الشراء دون الجزء الثانى وهو تحرير العبد . فقد أباح الفقهاء للسيد بالرغم من إنقطاع صلته بالعبد بعد الشراء رفع دعوى الوكالة على المشترى ومطالبته بتحرير العبد إكتفاء بعاطفة المحبة والحنان على العبد إذ قد يكون أخا له مثلاً (المصلحة الأدبية) .

٤- *أن يكون محل الإلتزام أمراً يقوم به المدين للدائن لا لغيره* ، ويقوم به المدين نفسه لا غيره . وهذا يعد تطبيقاً للمبادئ العامة فى العقود . فالإلتزام هو علاقة بين شخصين ، ومن ثم فإنه لا يجب أن يولد

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٨٥ .

أثراً إلا بين طرفيه . فإذا إشترط الدائن أمراً من الأمور لمصلحة غيره أو تعهد المدين بأن يقوم به غيره وكان هذا الإشتراط لمصلحة الغير فإن التعهد عن الغير يكون باطلاً ولا يمكن لأحد أن يطالب بتنفيذه .

★ **الإشتراط لمصلحة الغير**[1] « Stipulations pour autrui »

الأصل أن الدائن يشترط التعهد لمصلحته ، وعلى ذلك إذا إشترطه لغيره كان التعهد باطلاً بالنسبة له لإنتفاء المصلحة . وحيث لا مصلحة فلا دعوى . كما أن الغير الذى إشترط التعهد لمصلحته لا يمكنه مطالبة المدين بالوفاء لأنه لم يكن طرفاً بالعقد . وهذه القاعدة ليست قاصره على عقد الإشتراط ، بل تسرى أيضاً على جميع العقود والإتفاقات ، على أنه وردت عليها إستثناءات بعضها خاص بالمشترط ، وبعضها خاص بالمنتفع ، أى الغير الحاصل لمصلحته الإشتراط :-

أولاً : بالنسبة للغير : من حيث المبدأ فإن الإشتراط لمصلحة الغير لا ينشأ دعوى بالنسبة له بحيث يستطيع بمقتضاها أن يطالب بالدين [2]. فالعقد الذى يبرم بين شخصين يجب أن ينتج آثاره بينهما فقط ، ومن ثم فإن الدعوى تنشأ لطرفى العقد ولا يمتد إستعمالها إلى الغير . إلا أنه

---

(١) د./ بدر البردواى - المرجع السابق - ص ٥٤٦ ، د/ عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٨٦ ، جيرار - المرجع السابق - ص ٤٤٤ ومابعدها .

(٢) جيرار - المرجع السابق - ص ٤٤٥ ، حيث قد أشار فى الهامش إلى أن هذه القاعده تسرى ليس فقط على العقود اللفظيه ، وإنما تسرى بالنسبه لكل العقود عموما . ومن ثم فإنها تشتمل على خطر النيابة أيضاً .

وجد لهذه القاعدة إستثناءات عديدة فى عصر جستنيان يمكن حصرها فيما يلى :-

أ - كانت التعهدات المضافة إلى ما بعد الموت باطلة فى القانون القديم . إلا أنه أجيز منذ العصر العلمى إشتراط الدائن له ولوارثه . فللوارث ولو لم يكن طرفاً فى العقد المطالبة بالوفاء بعد وفاة مورثه .

وقد أجاز جستنيان نوعين آخرين من الإشتراطات المضافة إلى ما بعد الموت وهما إشتراط الدائن حصول الوفاء فى اليوم السابق على الوفاه وإشتراطه حصول الوفاء لوارثه بعد الوفاه . فللوارث مطالبة المدين فى الحالتين السابقتين ولو لم يكن طرفا فى العقد .

ب - فى الهبة بشرط العوض . فإذا وهب شخص إلى آخر شيئاً على أن يرده إلى ثالث عند وفاته أو بعد أجل معين ، فللغير المستفيد وهو الشخص الثالث أن يطلب من الموهوب له أورثته الوفاء بالتعهد المذكور ولو لم يكن طرفاً فى العقد .

جـ- إذا باع الدائن المرتهن رهناً حيازياً العين لاستيفاء دينه وإشترط على المشترى رد العين إلى الراهن إذا رد الأخير الثمن إليه ، فللراهن أن يستفيد من هذا الشرط ولو لم يكن طرفاً فى العقد .

ثانياً :- بالنسبة للمشترط[١]:-

---

(١) د/ بدر البدرواوى - المرجع السابق - ص ٥٤٦ ، جيرار - المرجع السابق - ص ٤٤٨ .

إن الإشتراط لمصلحة الغير الذى لا يصح الغير بمقتضاه دائناً لا يكتسب هذا الغير من حيث المبدأ دين المشترط ، لأنه بدلاً من أن يجعل الإشتراط لمصلحته هو ، فإنه يرغب فى عمل ما لا يرغبه وهو الإشتراط لمصلحة الغير . ومع ذلك يمكن أن يكون للمشترط مصلحة شخصية مشروعة فى مطالبة المتعهد بتنفيذ تعهده لصالح الغير .

ففى ظل القانون القديم كان يملك المشترط وسيلة غير مباشرة لحماية الإشتراط ، وفى العصر العلمى أصبح للمشترط دعوى مباشرة فى بعض الحالات يستطيع بمقتضاها أن ينفذ الإشتراط وتتمثل الوسيلة غير المباشرة فى إشتراط المشترط على المتعهد بجانب التعهد الأصلى المشترط لمصلحة الغير شرطاً جزئياً « Stipulatio Poenae » يقدر عادة نقداً كما إذا حصل أمن ب على تعهد للقيام بعمل لصالح حـ وإشترط عليه فى حالة عدم وفائه بهذا التعهد أن يدفع له مبلغاً من النقود .

ويلاحظ أن الشرط الجزائى لا يصحح التعهد لمصلحة الغير ، وإنما يؤدى إلى تنفيذه فعلاً إذ من مصلحة المتعهد الوفاء إلى الغير ليتفادى الحكم عليه بالشرط الجزائى وهو عادة أثقل حملاً من التعهد الأصلى . فالشرط الجزائى طريقة فعالة لإجبار المتعهد على التنفيذ لمصلحة الغير . فإذا لم ينفذ المتعهد إستطاع المشترط الرجوع عليه بقيمة الشرط الجزائى[١] .

---

(١) مدونه جستنيان – ترجمه عبد العزيز فهمى – المرجع السابق – الكتاب الثالث – الباب التاسع عشر – الفرقه التاسعه عشر – ص ٢١٩ .

ولكن المشترط قد يهمل اللجوء إلى هذا الإجراء ، ومع ذلك يرى فى إتمام العملية مصلحة شخصية له . وبصدد هذا الوضع نجد أن القانون القديم قد رفض منحه دعوى يستطيع بمقتضاها التنفيذ أما القانون العلمى- على العكس-فقد منح للمشترط دعوى للمطالبه بالتعويض عن الخسارة التى تنتج بسبب عدم التنفيذ من قبل المتعهد ،بدعوى أنه إذا كان هناك عقد قد عقدة لمصلحة الغير فإنه يوجد بالتالى عقد قد عقد بقصد تحقيق مصلحة المشترط . والسؤال الذى يثور فى هذا النطاق يتعلق بطبيعة هذه المصلحة وما إذا كانت هذه المصلحة مالية أو مصلحة أدبية ؟

هنا يجب أن تكون المصلحة من حيث المبدأ ماليه ليس فقط فى عقود القانون الضيق ، وإنما أيضاً فى عقود حسن النية ، ما عدا بعض الإستثناءات (١) .

ومثال ذلك إذا كان لقاصر وصيان ثم إنقطع أحدهما عن الإدارة ولكنه إشترط على الوصى الآخر التعهد بالمحافظة على سلامة أموال القاصر ، فمثل هذا التعهد صحيحاً لأن للوصى المشترط - بالرغم من أن الإشتراط فى مصلحة القاصر - مصلحة شخصية فى تنفيذ التعهد إذ هو مسئول بطريق التضامن مع شريكة فى الوصاية على إدارة أموال التاجر . ومن ذلك جواز إشتراط البائع على المشترى عدم إخراج المستأجر حتى لا يعود عليه هذا الأخير بدعوى إذا هو أخرج من العين .

(١) مدونة جستنيان - ترجمة عبد العزيز فهمى - المرجع السابق - الكتاب الثالث - الباب التاسع عشر - الفقره العشرين - ص ٢٢٠ .

التعهد عن الغير : « Promesses Pour autrui » :

إن التعهد عن الغير يثير مشكلتين هما : اثارة بالنسبة للغير واثاره بالنسبة للمتعهد نفسه .

أ- بالنسبة للغير الحاصل التعهد عنه(١) :

التعهد عن الغير لا يلزم أصلاً الغير لأنه لم يكن طرفاً فيه إلا فى أحوال معينة ترجع كلها إلى تعهدات يفرضها المورث على ورثته . فقد أجاز الفقهاء فى العصر العلمى أن يتعهد الشخص بتنفيذ التعهد يوم وفاته أو أن يتعهد عن نفسه وعن ورثته إذا ما أراد أنه يلزم ورثته بالتعهد . ثم جاء جستنيان وأجاز التعهد عن الوارث ولو بغير الشروط المتقدمة .

ب - بالنسبة للمتعهد نفسه :-

القاعدة هنا أن التعهد عن الغير ، الذى لا يلزم الغير ، لا يلزم أيضاً المتعهد ، فإذا تعهد شخص عن غيره كان هذا التعهد باطلاً سواء بالنسبة للمتعهد نفسه إذا لم يلتزم شخصاً فى العقد ، أو بالنسبة للغير الحاصل التعهد عنه لكونه أجنبيا عن العقد .

- ولكن يلاحظ أنه إذا تعهد شخص بحمل الغير على القيام بالتعهد كان هذا التعهد صحيحاً لتضمنه فعلاً شخصياً من جانب المتعهد وهو الحصول على رضاء الغير بالتعهد . ويقال لهذا الإتفاق عقد

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٨٩ .

الإستيثاق . وللدائن فى الصورة المتقدمة دعوى مباشرة بالتعويض قبل المتعهد فى حالة عدم رضاء الغير بالتعهد لأنه يكون حينئذ قد عجز عن الوفاء بإلتزامه الشخصى.

كذلك يصبح المتعهد ملتزماً شخصياً إذا إلتزم بدفع مبلغ من النقود على سبيل الجزاء فى حالة عدم قيام الغير بالوفاء . فللمشترط مطالبة المتعهد إذا لم يقم الغير بالوفاء بالتعهد . بل أنه فى عقود حسن النية يصح الرجوع على المتعهد بالتعويض ولو لم يشترط شرط جزائى لأن تعهد شخص بعمل يقوم به الغير يجب أن يفسر على أنه قصد أن يتعهد بأن يسعى للحصول على رضاء الغير[1] .

رابعا : السبب La cause :

المعانى المختلفة للسبب فى القانون الرومانى : للسبب معانى مختلفة فى القانون الرومانى، فقد يفيد : –

١– الأساس أو السند القانونى الذى يستند إليه الإلتزام أو بعباره أخرى مصدر الحق ويقال للسبب بهذا المعنى السبب الإنشائى « Cause ebbiciente » كالسبب فى التسليم أو التقادم أو السبب القانونى « Cause cirilis » كالسبب فى عقد البيع .

٢– وقد يفيد الباعث Motie أو السبب الدافع إلى حمل المتعاقد على التعاقد ، وهذا النوع من السبب يكون خارجاً عن العقد ويختلف

---

(١) ... البدراوى – المرجع السابق – ص ٥٤٨ ومابعدها .

بإختلاف ظروف كل شخص ، فمن يبيع ماله قد يكون الباعث له على البيع هو سداد دين أو شراء عين أخرى أو إشباع شهوه .

٣- وقد يفيد أخيراً السبب الذى أوجب الإلتزام أو الغاية القانونية المباشرة التى يبتغى العاقد الوصول إليها من وراء إلتزامه . فشخص يتعهد شفوياً بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود بقصد القرض أو بقصد التبرع أو بقصد الوفاء بدين سابق . ويقال للسبب بهذا المعنى السبب القصدى «Cause Finale »

السبب ومدى إعتباره ركناً من أركان العقد فى القانون الرومانى :

لم يعترف الفقهاء الرومان بأهمية السبب كعنصر أساسى لشرعية أى عقد من العقود . ومن ثم لم يضعوا مبدأ بطلان العقود للسبب غير المشروع أو المخالف للآداب : فمفهوم السبب القصدى لم يأخذ مكانة فى التكنيك القانونى الرومانى ولم ينال نفس الإهتمام الذى يحظى به فى القوانين الحديثةمثل القانون الفرنسى والمصرى . ومع تطور القانون الرومانى بدأ ينظر الفقهاء الرومان إلى الهدف أو الغاية التى يبتغى المتعاقدان تحقيقها من وراء العقد ، أو سبب إرتباطهم . وفى هذا المقام يجب أن نبحث عن دور وأهمية السبب فى النماذج المختلفة للعقود ، مميزين بين التصرفات التى تتم بمقابل والتصرفات المجانية :

أولاً : التصرفات بعوض (١) Les actes atitre onereux :

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٨٧ .

ونفرق هنا بين مختلف العقود على الوجه التالى : –

١ – فى العقود المجردة أو الشكلية التى كان يتضمنها القانون الرومانى القديم ، مثل المشارطة La stipulation فإن الأطراف كانوا لا يشيرون إلى سبب العقد ، أى لا يحددون الهدف الذى بسببه يلتزم المتعهد : فمنذ اللحظة التى يعلن فيها المتعاقدان عن كلامهم الرسمى ، يعد المتعهد ملتزماً قبل المشترط بدون البحث عن الهدف الذى يرمى إليه المشترط ، كما لو كان هدفه – على سبيل المثال – رد دين سابق له قبل المتعهد أو قرض من النقود يلتزم برده فيما بعد .(١)

وهذا النظام كان يمتاز بالبساطة ، ويتجنب رفع الدعاوى التى تتعلق بمعرفة ما إذا كان هذا العقد يجب أن يرتب آثاره أم لا . ولكن مع تطور الأفكار الأدبية فإنه من الصعب قبول أن الشخص يلتزم بدون سبب أو بسبب غير مشروع .

وقد أدخل على هذه القاعدة التقليدية العديد من الإصلاحات بدون أن يعد السبب أيضاً ركنا شرعياً للعقد . فالشخص الذى يوعد عن طريق مشارطة بمبلغ من النقود بغرض رد قرض فى ميعاد محدد ، والذى لم

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٨٧ : حيث أشار فى الهامش إلى أن الرومان القدماء مانوا لايأخذون فى إعتبارهم أن الأطراف يخفون عملياتهم القانونيه الحقيقيه تحت ستار تصرف آخر . فبعض الأنظمه القانونيه مثل عقد نقل الملكيه ، وعقد الإستيثاق ، كانت مضاده لبطلان هذه التصرفات الصوريه وأما فى قانون جستنيان فقد وضعت القاعده التى تقدر بطلان التصرف الظاهر ، وتعترف بالتصرف الحقيقى التى يرغب الأطراف فى تنفيذه .

يكن قد أقرضه يستطيع أن يثبت أن هدف الإرتباط لم يكن هو المقصود . وقد سمح له البريتور بإستخدام الدفع بالغش من أجل أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزام ويعرقل دعوى الدائن .

وبعد ذلك إستطاع الأباطرة الرومان بفضل نظام المنازعة فى قبض الدين أن « La querela non numeratoe peanioe » يفرضوا على الدائن إقامة الدليل على دفعه النقود ، ومن ثم إثبات سبب المشارطة . وفى حالة السبب غير المشروع أو المخالف للآداب العامة يستطيع المتعهد أن يعترض على ذلك بإستخدام الدفع بالغش (١).

ومن ناحية أخرى إذا كانت هذه المشارطة التى عقدت بدون سبب أو بسبب مخالف للآداب بالنسبة للمستفيد قد نفذت ، فإن الفقهاء الرومان قد أعطوا للمتعهد الحق فى إسترداد ما دفعه بدون وجه حق بدعوى رد ما دفع بدون وجه حق « Condiction indebiti » (١).

وقد أخذت الدساتير الإمبراطورية بمفهوم السبب وإعتبرت أن

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٨٧ – الهامش ، حيث أشار إلى أن القانون الإنجليزى قد أكد على أن الصفه غير المشروعه أو اللا أخلاقيه للسبب قد إعتبرت أكثر خطوره من غياب السبب ذاته ، بينما لايعترف بإتيان ببطلان العقد للسبب غير المشروع أو المناخ للآداب إلا إذا كان قد إشير إليه صراحة فى مضمون العقد ، ويقوم بنفس در الشرط .

(٢) مونييه – المرجع السابق – ص ٨٨ – الهامش – حيث أشار إلى أن الشخص الذى نفذ المشارطه لايستطيع أن يستخدم دعوى رد مادفع بدون وجه حق إذا كان السبب غير المشروع أو المخالف للآداب قد وضع من جانبه .

المشارطة ذات السبب غير المشروع أو المخالف للآداب بدون قيمة .

٢- في العقود العينية « Les contrats réels » ، يرى بعض شراح القانون المدني المحدثين أن سبب الإلتزام في هذ العقود هو تسليم العين محل الإلتزام ، فالمستعير مثلاً يلزم برد الشئ المعار لأنه إستلمه ، ويقصد من إلتزامه بالرد غرضاً مباشراً هو الإنتفاع بالعين المعاره . أما في القانون الروماني نجد أن تسليم الشئ هو سبب إرتباط الشخص الذي يلتزم برده . فلا يمكن أن نتصور عقد عيني بدون سبب لأن أي عقد عيني يفترض بالضرورة من أجل صياغته تسليم شئ من قبل الدائن إلى المدين . ولكن يجب أن نلاحظ أن الرومانيين يعنون بلفظ res العنصر المادي لهذه العقود ويرون فيه المصدر والأساس القانوني للإلتزام ، وبدونه لا ينعقد العقد .

٣- في العقود الرضائية « les contrats consensuels ».

تظهر فكرة السببية بوضوح في القانونين الفرنسي والمصري في العقود التبادلية حيث تعتبر إلتزام كل طرف سبباً لإلتزام الطرف الآخر، ففي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وسبب هذا الإلتزام هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب إلتزامه هذا هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب إلتزامه هذا هو إلتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع ، أي أن البائع عندما يلتزم بنقل ملكية الشئ المبيع إنما يقصد بالتزامه هذا غرضاً مباشراً هو أن يلتزم المشتري بدفع الثمن، كما يقصد المشتري بإلتزامه بدفع الثمن أن

يلتزم البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إليه ولذلك فإلتزام كل منهما سبب لإلتزام الآخر (١) .

أمـا فى القـانون الرومـانى فلم تظهـر فكرة السـبب فى العـقـود الرضـائية وعلى الأخص فى عقـد البيع ، كمـا أنها لم تظهر أيضـاً فى العقود غير المسماه ، فهم لم يعتمدوا على فكرة السبب لشرح العلاقة التى تربط بين البائع والمشترى والتى تجمع بين التزامات الطرفين . وقد أكدوا على أنه يوجد بين الطرفين رابطه ، فهم لم يدركوا إلا النتائج التى تنتج عن هذا المفـهوم : فـفى حـالة فـقـد الشئ المبيع قـبل التـسليم فـإن الإلتـزام بدفع الثـمن يظل قـائما بعد إخـتـفـاء الإلتـزام بالتسليم الذى لا يمكن تنفيذه . وفى بعض الأحيان ، بالنسبة لعقد الإيجار نجد أن الفقهاء الرومـان يطبقون الفكرة التى بمقتضاها لا يلتزم المسـتأجر بدفع الأجره إلا إذا تمتع بإستعمال الشئ المؤجر .

٤-فى العـقـود الملزمـه للطرفـين : هنـاك نوع من العـقـود الملزمـه للجانبين ، والذى يضع الفقهاء الرمان فى إعتبارهم بالنسبة لها الـهدف المباشر الذى يبتغى الأطراف تحقيقه من وراءها : فإذا إتفق شخصان على تنفـيـذ أداءتهم المتـقـابلة وأن أحـد الطرفـين نفـذ آداءه ، بينمـا لم ينفـذ الطرف الآخر إلتزامه ، فإن الهدف الذى يبتغى من قام بتنفيذ إلتزامه لن يتحقق ، ومن ثم يريد أن يسترد الشئ الذى سلمه بمقتضى دعوى رد ما دفعه بدون وجه حق .

---

(١) د/ عمر ممدوح مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٩١ .

أن فقهاء العصر العلمى يأخذون فى إعتبارهم السبب الذى أدى إلى تنفيذ الآداء ، ولكن يجب ملاحظة أنهم لايعتبرون العملية القانونية بمثابة عقد باطل لنقص السبب .

أما فى قانون جستنيان فقد إعتبر أن أى إتفاق ملزم للجانبين وتم تنفيذه من قبل أحد الطرفين يعد بمثابة عقد من العقود غير المسماه ، وإعتبروا أن دعوى إسترداد الآداء التى تم تنفيذه دعوى عقدية تؤدى إلى فسخ العقد بسبب عدم تنفيذه من قبل أحد طرفيه . وهذا الحل يستند إلى النصوص الرومانية المتعلقة بالعقود غير المسماه والذى وضعها دوماوبوتييه فى نهاية عصر القانون القديم ، حيث أنهم قد أعطوا أهمية كبيرة للسبب فى نطاق العقود (١) .

وعلى الرغم من ذلك فإننا نستطيع القول بأن الرومان لم يعرفوا فكرة السبب القصدى فى نطاق العقود غير المسماه ، وإنما أخذوا بفكرة السبب الإنشائى .

ثانياً : التصرفات المجانية Les actis atitre gratuit :

منذ عصر دعاوى القانون ومفهوم السبب يحتل مكاناً كبيراً بالنسبة للتصرفات التبرعية .

---

(١) مونييه – المرجع السابق – حيث أشار فى الهامش إلى أنه على الرغم من أن دوما وبرتييه قد آثار فكرة السبب بالنسبه للعقود إلا أنهم لم يتمكنوا من وضع نظام كامل وواضح لمفهوم السبب فى هذا المجال .

ففى عصر الإمبراطورية السفلى لا يتمتع إتفاق الهبة بأى قيمة شرعية : فاالهبة لا تشكل تصرفاً قانونياً مستقلاً . وإنما تتمتع الهبة بصفات خاصة ، وتستند فى القيام ببعض الإجراءات الرسمية التى تلزم لإنعقادها. فيمكن أن تنعقد بطريق الإشهاد أو التسليم أو المشارطة بإعتبار أنها تصرفات مجردة لا تشير بذاتها إلى سبب نقل الملكية أو سبب الإلتزام .وهنا يجب أن نبحث عن أن الهدف الذى يبتغى الطرفين تحقيقه لا يشكل هبه .

فى الواقع ، فإن الهبات قد نظمت بواسطة تشريع عدائى أو معارض Legislation hastite للتصرفات التبرعية ، وبصفة خاصة قانون سنثيا « La loi cincia » الصادر سنة ٢٠٤ ق . م .

فلكى نعرف أن المتعهد خالف النصوص الشرعية فإنه يجب أن نبحث عما إذا كانت المشارطة لم تكن قد أبرمت بقصد تحقيق هبه من عدمه .

فمن ناحية نجد أن الهبة بين الإز واج كانت محظورة عرفياً ، وفى نهاية عصر الجمهورية أكد الفقهاء الرومان أن الصفة غير المشروعة للهدف المبتغى تؤدى بقوة القانون إلى بطلان المشارطة المعدة لتحقيق هبة بين الزوج وزوجته .

ومن ناحية أخرى ، فيما يتعلق بالهبة بعوض ، نجد أن الفقهاء الرومان يبحثون عما إذا كان تنفيذ العوض هو السبب المحدد للهبة أو انه

أحد هذه الأسباب .

إذايمكن القول بأن الفقهاء الرومان لم يروا فى السبب القصدى أو فى الهدف المباشر الذى يبتغى الأطراف تحقيقه عنصراً محدداً وأساسياً فى صياغة العقود ، ولكنهم أجازو فى بعض الحالات التصدى لسبب الإرتباط أو غياب السبب من أجل عدم تنفيذ الإلتزام أو من أجل إسترداد الآداء التى تم تنفيذه .

المبحث الثانى

أوصاف الإلتزام التعاقدى

المقصود بأوصاف الإلتزام : إن الإلتزامات لا توصف دائماً بالبساطة والتجريد : فقد يوجد فى العقد بعض عناصر عضوية تسمى أوصافاً ويقصد بها الإشتراطات الخاصة التى توجد فى بعض التصرفات القانونية فتؤثر على نشوئها أو تعدل من آثارها .

وأهم ما قد يقترن بالتصرف القانونى من أوصاف هو الشرط والأجل . ويجمعها أن آثار العقد تتوقف على حادثه مستقبلة . ونعرض لهما فى مطلبين على النحو التالى

المطلب الأول

الأجـــل

تعريفة : الأجل هو حادثة مستقبله محققة الوقوع يتوقف عليها نفاذ الإلتزام أو إنقضاءه .

ومن هذا التـعـريف يتـضـح أن الأجل نوعـان : أجل واقف terme suopensib وأجل فاسخ terme extinctib .

أولاً : الأجل الواقف :

إن شـرعـيـة الأجل الواقف تقـررت منذ زمن طـويل فى مـجـال الإلتزامات.والأجل يمكن أن ينص عليه صراحه أثناء التعاقد فى بعض الفرضيات ، ويمكن أن يستنتج بطريقة ضمنية فى بعض الفرضيات الأخـرى وذلك بالنظر إلى ظروف التـعـاقـد أو طبـيـعـة الأشـيـاء مـحل التعاقد .

فالذى يتعهد ببناء منزل أو دفع مبلغ من النقود فى مدينة بعيده ينعم بالضرورة بمده من الزمن لكى يستطيع تنفيذ إلتزامه .

وكقاعدة عامة فإن الأجل الواقف ليس له أى تأثير على نشـأة الإلتزام ، وإنما يقتصر تأثيره فقط على تأخير ميعاد تنفيذ الإلتزام : فهو بمثابة المده التى يجب على المدين أن ينفذ إلتزامـه خـلالها .

فالآجل لا يعتبر فى القانون الرومانى ميعاد إستحقاق كما فى القانون الفرنسى أو المصرى ، وإنما يعد بمثابة المده الذى يجب على المدين أن يقوم بالوفاء بالدين قبلها . ولذلك فإن المدين إذا أوفى خلال الأجل المضروب كان وفاءة صحيحاً ولم يستطيع أن يسترد بما أوفاه مدعياً أن الأجل لم ينته بعد . أما فى القانون المصرى فالمدين الذى يوفى خلال المدة وقبل حلول الأجل يوفى بإلتزام لم يحن بعد ميعاد إستحقاقه . ولذلك له أن يسترد ما أوفاه قبل حلول الأجل إذا أوفى جاهلاً هذا الأجل (١) .

والأجل الواقف يؤخر إستحقاق الإلتزام ولكنه لا يؤخر نشؤه ، فالإلتزام موجود منذ إنشاء العقد ولكنه غير وجب الآداء إلا عند حلول الأجل ، ويترتب على ذلك :

١- أنه إذا وفى المدين بالدين أثناء فترة الأجل ولو عن غلط

---

(١) مدونه جستنيان - ترجمة عبد العزيز فهمى - المرجع السابق - الكتاب الثالث - الباب الخامس عشر ، الفقره الخامسه - ص ٢٠٩ حيث تقرر « بأنه جرت العاده أيضا فى الإستيعادات ببيان المكان الريفى مكان التنفيذ » كأن يقال « هل تعدنى بأن تصطينى مبلغ كنا فى قرطاجنه ؟ ومثل هذا الإستيعاد وإن كان فى الظاهر طلت مجردا من القيود، لكنه بطبيعه الحال يتضمن الميعاد الضرورى للمتعهد كيما يستطيع دفع النقود فى قرطاجه .

وعليه فمن كان فى رومه ، وكان استيعاده بهذه العباره « هل مقدم بأن تعطينى اليوم بقرطاجه مبلغ كذا ؟ فإن إستيعاده عبث لاحكم له ، لأن الوعد به مستحيل إنجازه .

(أى جاهلاً وجود الأجل) لم يكن له إسترداد ما وفاة .

٢- إن الإلتـزام قـبل حلول الأجل غـيـر واجب الآداء ومن ثم لايمكن للدائن مطالبة المدين به قضـاء إذ ترفض دعواه لرفعها قبل الأوان . وهذه القاعدة لا يرد عليها إستثناء إلا فى حالة إعسارالمدين ذلك أن بيع أموال المدين المفلس يستتبع سقوط الأجل فتصبح جميع ديونه المؤجله واجبة الآداء .

٣- إذا حل أجل الإلتزام تحول إلى إلتزام بسيط واجب الآداء فوراً. فعندئذ يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء .

ثانيا: الأجل الفاسخ :

هو الأجل الذى يترتب على تحقـقـه إنقضـاء الإلتـزام . ومنذ نشـؤء الإلتـزام إلى وقت تحـقـيق الشرط ينتج الإلتـزام اثاره العـادية بإعتباره إلتزاماً بسيطاً . وقد أشـاع إستخدام هذا النوع من الأجل فى عقود حسن النية . أما العقود الرسمية فلم يقر القانون الرومانى بشرعية الأجل حيالها مثل المشارطة . وقد لجأ الفقهاء الرومان إلى مجموعة من الحيل ، وأيضـاً تدخل البريتور من أجل إحترام إرادة الطرفين فى مشارطة ترتيب إيراد مدى الحياة مثل الإيجار .

وفى مثل هذه المشارطة يتعهد شخص أن يعطى شخص آخر

آداء معيناً أثناء حياته بصفة دوريه ، مثل ترتيب مرتب له بصفة دورية لمدى حياته . وعلى خلاف الهدف الذى يبتغيه الأطراف يمكن أن تتمثل المشارطة فى دفع مبلغ من المال يدفع كل سنة . وهنا فإن الإلتزام لن يكون محدداً بحيث لا يستطيع معرفة المدة التى يتم الوفاء بالمستحقات خلالها .

ويمكن أن يقترن هذا الأجل بكل الإلتزامات ، على أن المجال الطبيعى لاستعماله هو فى حالة الإلتزامات الدورية المستمرة كترتيب إداء مدى الحياة مثلاً أو الإيجار .

وقد يكون الأجل محدوداً كإيجاره لمدة ثلاث سنوات مثلاً . وقد يكون غير محدد كإيجاره معقوده لطول حياة المستأجر .

المطلب الثانى

الشرط condition .

تعريفه : - الشرط هو حادثه مستقبلة غير محققه الوقوع يترتب على تحققها وجود الإلتزام أو زواله . والشرط نوعان : شرط واقف «conditio aquo » وشـــرط فاسخ « conditio ad « quem

أولاً : الشرط الواقف :

تعريفه : - على خلاف الأجل فإن الشرط الواقف هو حادثة مستقبله غير محققه الوقوع يتوقف عليها وجود الإلتزام وفى ظل القانون القديم كان الإلتزام المشروط يوجد قبل تحقق الشرط . ولكن الأعمال الحديثة للفقه الرومانى أثبتت أن الحلول إختلفت فى القانون القديم عنه فى قانون جستنيان .

ففى ظل القانون القديم كان العقد المشروط لا ينشأ إلا إرتباطاً غير قابل لتحويله أو نقله ، ومن ثم فإن تحقق الشرط يؤدى إلى إنشاء واجب يلتحق بالإرتباط التى سبق وجوده : ولكن الشرط يؤجل ليس فقط نشوؤ الواجب ولكن يؤجل أيضاً تنفيذ الإرتباط الذى تشكل من قبل .

أما فى قانون جستنيان فإن الإلتزام المشروط يبدأ وجوده قبل تحقق الشرط ، وأن الواجب عبارة عن مبدأ : فيوجد رجاء بدفع الدين والذى يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية ، ومن ثم يمكن تحويلة إلى الورثه .

اثار الشرط الواقف :

وللكلام عن آثار الشرط فإننا نفرق بين آثاره فى القانون القديم ، وقانون جستنيان .

١- آثار الشرط فى القانون القديم Le droit classique

إن الدين لا يوجد طالما أن الشرط لم يتحقق، وعلى الرغم من ذلك يوجد رابطة قانونية بين الأطراف،ويترتب على ذلك ما يأتى : -

أ - هناك بعض نصوص وردت فى نظم جايوس ، ومارسيين ، وأولبيان تؤكد بأنه على خلاف الدين المضاف إلى أجل ، فإن الدين المشروط لا يكون له أى وجود بالنسبة الفقهاء القانون الرومانى القدامى . فالدين لا يوجد قبل تحقيق الشرط . وهذا ما يترتب عليه بعض النتائج الهامة (١).

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٢٩٢ وما بعدها .

١- إذا كان الإلتزام المشروط قد تم تنفيذه قبل تحقق الشرط ، فإن الطرف الذى حصل على الشئ محل الالتزام لا يصبح مالكاً له ، ومن ثم لا يمكن أن يبدأ التقادم المكسب للملكية هذا الشئ .

٢- فى اللحظه التى يتحقق فيها الشرط يأخذ الالتزام كل خصائصه ويصبح ذى موضوع،فالالتزام المشروط إذا كان يتمثل موضوعه فى شئ خاص بالدائن الإحتمالى أو المتوقع شريطة أن يتحقق الشرط ، فإن هذا الشخص لا يعد مالكاً للشئ .

ومن ناحيه أخرى فإن هلاك الشئ هلاكاً كلياً بدون خطأ المدين يؤدى إلى إنعدام العقد لانعدام المحل .

٣- إذا لم يكن الدين واجب الأداء (مستحق الوفاء) فإن المدين الذى يدفع بطريق الخطأ قبل تحقق الشرط يمكنه أن يسترد ماوفاه بدعوى رد مادفع بدون وجه حق .

٤- وأخيراً فإن تجديد الالتزام المشروط لا ينتج أثره إلا فى اللحظه الذى يتحقق فيها الشرط لأنه يجب أن يوجد الدين الأول قبل أن يتم تحويله إلى دين جديد .

ب - أحياناً إذا لم يوجد الدين بعد ، فإن إلتزام المدين الى يتولد منذ اللحظه الذى يتعاقد فيها الطرفين ، ويترتب

على ذلك النتائج الآتيه :-

١- يوجد رابطه قانونيه مباشره ، لا يمكن-كقاعده عامه-حلها بالإراده المنفرده لأحد طرفى الالتزام : وقد أكد الفقهاء الرومان ذلك بقولهم أن الشخص الذى يرتبط بإلتزام مشروط ويضع فيه عائقا يمنع من تحقق الشرط وذلك بطريق الغش يعتبر ملتزماً بهذا العقد كما لو كان الشرط قد تحقق،ولم يعطى لابيون الطرف الآخر (الدائن) للالتزام سوى الدعوى الواقعيه بينما أعطى جوليان ، وأولبيان للدائن دعوى العقد . وهذا الحل قد أخذ به قانون جستنيان.(١)

٢- إن الفقيه الرومانى بولس قد أكد على أنه فى اللحظه الذى يتعاقد فيها الطرفين يجب أن تحدد أهليتهم . ومع ذلك فإذا عقد عبد أوإبن أسره عقداً أفاد رب الاسره من هذا العقد حتى لو تحقق الشرط فى وقت أصبح فيه العبد حراً أو تحرر فيه الإبن من سلطة رب الاسره .

٣- إن الالتزام المشروط يمكن أن يكون مضموناً برهن حيازى أو عقارى .

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٢٩٣ - الهامش - حيث قد سلم أولبيان بدعوى العقد للدائن في موضوع البيع وذلك فى كل الحالات .

تحقق الشرط أو تخلفه :

إذا لم تتحقق الواقعه التى يعلق عليها الالتزام ، فإن الشرط يكون قد تخلف ، ومن ثم فإن الدين لايتولد على الإطلاق ، ونتائج الالتزام تصبح منتهيه ويعتبر العقد كأن لم ينشأ .

وعلى العكس من ذلك إذا تحقق الشرط أصبح الالتزام بسيطا ويترتب على العقد آثاره لامن يوم تحقق الشرط ولكن من تاريخ إنعقاد العقد .

٣ - آثار الشرط فى قانون جستنيان :

فى عهد جستنيان ، كانت توجد فكرة الدين المشروط ، ولكنه كان يحظى بقيمه قانونيه أقل من قيمة الدين البسيط . وعلى الرغم من ذلك فإنه كان يدخل فى الذمه الماليه للدائن ، ويطرح من ذمة المدين الماليه : وهذه الفكره الجديده قد أوجدت للعديد من الحلول المختلفه التى لاقت قبولا فى ظل الإمبراطوريه العليا وذلك على النحو الآتى :

أ - فى ظل القانون القديم كان الحق أو الدين التى لم يوجد بعد لايمكن تحويله إلى الورثه ، كما أن ورثه المدين الإحتمالى لايلتزمون بهذا الدين : ولكن المجموعات القانونيه التى حافظت

على الحل التقليدى فى مجال الوصايا المشروطه لأسباب ناقصه قد أكدوا أن الدائن ينقل لورثته الأمل فى الحصول على الدين إذا مات الدائن فجأه قبل تحقق الشرط . وأن ورثة المدين بدين مشروط يلتزمون بهذا الدين (١) .

ب – إن الدائن بدين مشروط يمكنه أن يتخذ الإجراءات التحفظيه للمحافظه على حقه المحتمل قبل هذا المدين كطلب وضع اليد على أموال المدين الاحتمالى فى حاله أعساره . ومع ذلك فإن الدائن لايملك الحق فى بيع أموال مدنيه .

وقد أخذ بول بالحل العكس حيث يرى أنه فى حالة وفاة المدين يتماثل وضع الدائن بدين مشروط مع وضع الدائن بدين مضاف إلى أجل، بحيث يمكنه أن يطلب فصله عن الذمه المالية لوريثه .

جـ – فى عصر جستنيان ، وعلى خلاف قواعد القانون القديم ، يعتبر الدائن بدين مشروط قد وقع فى الغلط إذا طالب المدين

(١) مدونة حيستنيان – ترجمة عبد العزيز فهمي – المرجع السابق – الكتاب الثالث – الباب الخامس عشر – الفقرة الرابعة ص ٢٠٩ ، حيث تنص علي أن « الاستيعاد المعلق على شرط هو ما يكون فيه قيام الإلتزام موقوفاً على حادثة ما أو عدم وقوعها . ومثاله أن تقول « إذا عين تيتوس قنصلاً فهل تدعنى بخمسة دنانير ذهباً ؟ . أما من يصوع إستيعاداً بقوله : هل تعد بأن تعطينى كذا إذا كنت لا أصعد الكابيتول ؟ . فإنه يكون كأنما إستوعد الإعطاء له بعد موته .
والإستيعاد الشرطى لا يترتب عليه سوي أمل فى الإلتزام . وهو أمل ينتقل لوارثنا إذا متنا قبل وقوع حادثة الشرط .

بدفع دينه قبل تحقق الشرط .

★ **تحقق الشرط :**

إن المجموعات القانونيه أكدت أن تحقق الشرط يؤدى إلى تحقق الإلتزام بأثر رجعى، ومع ذلك فإن فقهاء القانون قد أحتفظوا بمجموعه من الحلول التى يصعب توافقها مع فكرة الأثر الرجعى.

فالمجموعات القانونيه قد أكدت أن الرهن العقارى الذى يضمن مشارطه معلقه على شرط يجب أن يأخذ مكانه يوم تحرير العقد : ومن ثم فقد وضعوا المبدأ الذى يقضى بأنه «حينما يكون الشرط متحققا ، فإن المشارطه تعتبر منعقدة بدون شروط » أى تعد مشارطه بسيطه .

وأيضاً أجازت هذه المجموعات نقل الالتزام إلى الورثه إستناداً إلى فكرة أنه يجب اعتبار أن العقد قد انعقد منذ إبرامه إذا ما تحقق الشرط

ثانيا : الشرط الفاسخ :

الشرط الفاسح هو حادثة مستقبله غير محققة الوقوع يتوقف علي تحققها زوال الإلتزام . وليس هناك ما يحول من الناحية المنطقية دون إقتران الالتزام بشرط فاسخ ، كما يجوز اقترانه بشرط واقف .

لكن الرومان لم يعرفوا منذ القدم سوى الشرط الواقف ، وإن استعملوه فى أغراض تتحقق عن طريق الشرط الفاسخ عادة ، وذلك باستخدام إتفاق الفسخ الذى يرتبط بالعملية القانونية المراد تحقيقها.

والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد يتلعق بالاتفاقات المرتبطة بعقد البيع ؟ .

قبل تحقق الشرط تنتج العملية القانونية كل آثار البيع البسيط بدون أن تراعى الصفة الوقتية،ولكن إذا تحقق الشرط ، فإن هناك تساؤلاً يتعلق بمعرفة مدى حق المشترى فى المطالبة بالثمن الذي دفعه ؟ ومدى حق البائع فى استرداد الشيئ المبيع ؟ .

بدون قبول مبدأ الأثر الرجعى للشرط فى نطاق الإلتزامات ، فإن الفقهاء الرومان قد امتثلوا للشروط المألوفة لإتفاقات الفسخ من أجل الوصول إلى تقويض كل الآثار الاقتصادية للبيع : وعلي وجه الخصوص قد أقروا بمسئولية المشتري عن هلاك الشيئ المبيع ، إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطئه . وقد أكد بابنيان بأن المشترى يجب أن يرد ثمار الشيئ بقوة القانون،أما المجموعات القانونية Les compilateuris فإنها تؤكد من حيث المبدأ أن كل آثار المبيع يجب أن تزول ولكن حينما يكون المشترى قد دفع عربوناً ، ومع ذلك يتمسك البائع باتفاق الفسخ Lex commissoria فإن هذه

المجموعات قد أقرت للمشترى بالاستفادة من الثمار فى مقابل فقد العربون [١].

ومن الشروط المألوفة أيضاً الشرط الذى يحتفظ به البائع بحقه فى فسخ العقد إذا وجد مشترياً بشروط أكثر ملائمة " addictio in diem " . ومنها الشرط الذى كان يحتفظ به البائع لنفسه بفسخ البيع إذا رد المشتري الثمن وهذا هو بيع الوفاء " pactium reterowendendo " . ومنها أيضاً الشرط الذى يحتفظ به المشترى بحق الفسخ إذا لم يرق له المبيع فى فترة معينة وهذا هو البيع بشرط التجربة " Pactum dis plicentiae " .

فإذا تحقق الشرط فى مثل هذه الحالات أعطى المتعاقد دعوى شخصية هى الدعوى الناشئة عن العقد يطالب بها بفسخ العقد وإسترداد الشيئ الذى سلمه . وهذه الدعوى لا يصيب آثارها الغير ، فإذا طلب البائع بالفسخ لم يستطع إسترداد المبيع ممن إشتراه من المشترى مثلاً ولكن جستنيان جعل لدعوى الفسخ أثراً عينياً ، بمعنى أنه بمجرد الفسخ يعود المال مباشرة إلى ملك البائع ، وله أن يسترده من أى شخص يوجد تحت يده الشيئ [٢] .

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

(٢) د/ . البدراوى - المرجع السابق - ص ٥٦٠

المبحث الثالث

النيابة فى العقود

La rcpresentation

بينما تأخذ القوانين الحديثة بفكرة النيابة فى العقود ، فإن القانون الرومانى قد رفض الأخذ منذ البداية بهذه الفكرة . فلا يستطيع الشخص أن يبرم عقداً لحساب شخص آخر ، حيث أن العقد فى هذه الحالة ينتج آثاره بين طرفيه . فإذا ما عهد أحد الأشخاص لشخص آخر مهمة إبرام عقد ، فإن الإلتزامات التى تتولد تكون فى العلاقة بين المتعاقد ولا تنصرف إلى الغير .

وهذا النظام (رفض فكرة النيابة) يعتبر النتيجة المنطقية للشكلية التي كانت سائدة فى القانون الرومانى ، فالإلتزام كان لا ينشأ بمجرد التعبير عن الإرادة : وإنما يتم بتبادل العبارات ، وباستخدام طقوس وإشارات معينة ، ومن ثم فإن الإلتزام لا يمكن أن ينتج أثراً لحساب الأشخاص الذين لم يشتركون فى نشأة الإلتزام (إبرام العقد) .

ولكن غياب النيابة المباشرة أدى إلى نتائج خطيره : -

فهو يؤدى إلى التعقيد ، إذ انه كان يستوجب عملية خاصة

لنقل ما كسبه النائب وما تحمل به الأصيل . وهو فضلاً عن ذلك قد يعرض الأصيل لخطر إعسار النائب ، فقد يكون هذا الأخير معسراً فلا يستطيع أن ينقل إلى الأصيلَ ما اكتسبه من حقوق لصالحه .

ولهذا سلم الرومان تدريجياً ، بفضل تدخل البريتور بإمكان النيابة فى بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة . وكانت النيابة التي أجازوها فى هذه الأحوال نيابة ناقصة فى الغالب،أى نيابة تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير ، ولكنها فى الوقت نفسه لا تعفي النائب من المسئولية أمام الغير الذى تعاقد معه . أما النيابة الكاملة التىتؤدى إلى خروج النائب نهائياً من العلاقة بينالأصيل والغير فلم يجيزها الرومان إلا فى حالات إستثنائية بسيطة ، ولذلك وجب علينا أن نعرض بإيجاز لهذين النوعين من النيابة من خلال المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول

النيابة الكاملة

La respesentation parfaite

يوجد نيابة قانونية كاملة حينما تنشأ العلاقة القانونية مباشرة بين الأصيل والغير ، بدون أن يكون فى استطاعة الغير الرجوع على النائب الذى تعاقد معه،ومثل هذه النيابة لم يعترف بها فى القانون الرومانى إلا فى حالات استثنائية .

١ - أجاز قدامى فقهاء القانون الرومانى النيابة الكاملة بالنسبة للتصرفات التى يجريها ممثلى ناقصى الأهلية نيابة عنهم (الوصى والقيم) . ويعد ممثلى ناقصى الأهلية مسئولين عن التصرفات التى أبرموها نيابة عنهم أمام الغير . أما بعد تقديم كشف الحساب من قبل هؤلاء الممثلين تنتقل آثار التصرفات التى أقروها هؤلاء لذمة ناقصى الأهلية سواء كانت هذه التصرفات منشأة لحقوق أو التزامات . ولذلك يستطيع ناقصى الأهلية بعد بلوغه الرجوع على الغير الذى تعاقد معه الوصى بدعاوى أعطاها البريتور له بطريق التوسع ، فإذا طالب الوصى السابق الغير ، إستطاع هذا الأخير أن يرد دعواه بدفع . وكذلك يستطيع الغير الذى

تعامل مع الوصى السابق الرجوع على القاصر بعد بلوغه مباشرة ، فإذا رجع على الوصى إستطاع هذا الأخير أن يرد علي دعواه بدفع يؤدى إلى عدم قبولها .

ففى هذه الحالة يقر البريتور بوجود النيابة الكاملة وذلك بعد إنتهاء الوصاية (١).

٢ - فى حالة إفلاس النائب الذى أقامه الأصيل لإدارة تجارة برية أو بحرية ، فإن البريتور قد منح الأصيل دعوى مباشرة ضد الغير ، وذلك حتى لا تدخل الحقوق التى يكتسبها لصالح الأصيل فى ذمته ويقتسمها دائنوه ، وإنما يختص بها الأصيل وحده مباشرة فى هذه الحالة ، بينما رفض البريتور منح الدعوى المباشرة للنائب .

٣ - أجيزت النيابة الكاملة أيضاً فى عقد القرض العينى ، وذلك من ناحية المقترض والمقرض . فإذا إقترض شخص نيابة عن الغير إستطاع المقرض الرجوع مباشرة على الأصيل دون النائب . وكذلك إذا أقرض النائب الغير إستطاع الأصيل الرجوع على

---

(١) د/ بدر والبدراوى - المرجع السابق - ص ٥٦٢ ، مونييه - المرجع السابق - ص ٢٥٨ .

المقترض مباشرة .

٤ - وأخيراً ، منذ القانون القديم كان يستطيع رب الأسرة إكتساب الحقوق عن طريق تابعيه من أرقاء وأبناء ، فيصبح هو دائناً للغير وذلك لأن هؤلاء ليست لهم ذمة مالية مستقلة عن رب الأسرة،ولكنه من جهة أخرى لا يمكن أن يلتزم بعقودهم .

المطلب الثانى

النيابة الناقصة

" *La represntation imparfaite* "

يوجد نيابة ناقصة فى كل الفرضيات الذى يظل فيها النائب ملتزماً تجاه الغير على الرغم من نشوء علاقة قانونية بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب . فيكون النائب والأصيل كلاهما ملتزمين أمام الغير .

وهذا النظام قد شيد بواسطة البريتور بالنسبة للعقود التى يبرمها الخاضعين لسلطة غيرهم . وامتد هذا النظام فى عهد جستنيان ليشمل العمليات القانونية التي يقوم بها أشخاص لا يخضعون لسلطة غيرهم . ثم توسع البريتور وقاس علي هذه الحالات حالات أخرى يكون فيها النائب شخصاً غير تابع للأصيل .

أولا : إلتزام رب الأسرة بالعقود التى يعقدها الخاضعين لسلطته لحسابه [1] :-

لقد اعتبر البريتور أنه من الظلم أن نجيز لرب الأسرة

---

١) مونييه – المرجع السابق – ص ٢٥٩ .

الإستفادة من كل الحقوق التي يكتسبها الخاضعين لسلطته ، بدون أن يلتزم بدفع الديون التى تتولد عن التعاقدات التى يبرمها هؤلاء . وقد أكد البريتور على أن الأغيار يترددون فى إبرام العمليات القانونية مع الخاضعين لسلطة غيرهم والذين لا ينعمون بذمة مالية مستقلة .

ولمعالجة هذا الوضع لجأ البريتور إلى بعض الحيل الإجرائية : – فقد أنشأ البريتور لمجموعة من الدعاوى تسمى الدعاوى ذات الصفة الاضافية " actions adjeticiae qualitalis " يمكن للغير بواسطتها الرجوع على رب الأسرة على أساس العقد الذى باشره الإبن أو العبد . وتتضمن صيغة هذه الدعاوى بيان إسم التابع الذى باشر العقد وصفته ، وفى الجزء من الصيغة الذى يبين فيه البريتور للقاضى ما يحكم به " Condemonatio " يكلفه بالحكم على رب الأسرة إذا ثبت له صحة إدعاء المدعى . وهذه الدعاوى هى الدعاوى العادية الناشئة عن العقود مع التعديل السابق الذى يسمح بتوجيه الحكم فيها إلى رب الأسرة .

وقد أنشأ البريتور نموذجين مختلفين من الدعاوى . وبغ...

النوع الأول منهما " actions quan jussu , exercitoria et institoria " يلتزم رب الأسرة بكل ما إلتزم به التابع بالغاً ما بلغ، فى كل الأحوال التي يكلفه فيها بإبرام تصرف معين كبيع أو شراء ، أو إذا كلفه بإدارة تجارة بحرية أو بإدارة تجارة برية . وفى الحالتين الأخريتين فإن رب الأسرة يكون مسئولاً عن كل التصرفات التى يبرمها التابع فى حدود السلطات الممنوحة له [١].

ويفضل النوع الثانى L'actio de in rom verso et de peculio والذى يتثمل فى دعوى الإثراء بلا سبب ودعوى الحوزة ، يسأل رب الأسرة فى بعض الأحوال فى حدود معينة : فى حدود الحوزة التى سلمها للإبن أو العبد ، إو فى حدود الإثراء الذى عاد عليه من عمل قام به التابع فى غير حدود التكليف .

ومسئولية رب الأسرة لا تحل محل مسئولية الخاضع لسلطته : فإذا كان الخاضع لسلطته عبداً ، فإنه لا يعد مسئولاً عن الالتزام إلا

---

(١) مونييه - المرجع السابق - ص ٢٦٠ - الهامش حيث قد قدر Sercrius sulpicius أنه يكفى أن يكون النائب علي رأس التجارة لكى يسأل عن تصرفاته الأصيل (صاحب التجارة) . ويرى لا بيون أن الغير يعتبر نائباً إذا ما كلفه سيده بإستغلال أرضه ، أو كلف بالتصرف فى أموال سيده ، أو كلف ببيع أو شراء البضائع . أما أولبيان فقد قرر : أنه يعد نائباً كل من يندب فى إبرام عمل قانونى مكسب أو مربح

بوصفه التزاماً طبيعياً . أما إذا كان التصرف قد أبرم من قبل إبن الأسرة فإنه يكون ملتزماً به قانونياً ، ويمكن للغير أن يرجع عليه مباشرة بدعوى العقد ذاتها .

★ وفى كل هذه الأحوال السابقة نجد أن هناك نيابة فى الإلتزام ، بمعنى أن التابعين يلزمون رب الأسرة بعقود يعقدونها ، ولكنها نيابة ناقصة ، نظراً لأن التابعين يظلون ملزمين بالعقد ، وهم يسألون مدنياً إذا كانوا أبناء ، وطبيعياً إذا كانوا أرقاء . فتقرير مسئولية رب الأسرة هنا لا تعفيهم من المسئولية أمام الغير .

ثانياً : إلتزام رب الأسرة بالعقود التي يبرمها غير الخاضعين لسلطته : -

إن النيابة الناقصة التي تتم بواسطة شخص من الغير (بعيداً عن الأسرة) ، تتضمن العديد من الصعوبات التى تجعل قبولها أمراً عسيراً : فمنذ وقت طويل والبريتور يقتصر علي الموافقة علي دعوى التجارة البرية والبحرية والتى قد تم إقتراحها بمنشوره للخاضعين لسلطة رب الأسرة ، فى الحالة التى يكلف فيها الشخص بإدارة سفينة أو محل تجارى ، أو يكلف بعمل تجارى أياً كان سواء كان النائب شخص مستقبل بحقوقه أو شخص يخضع لسلطة أحد الأغيار .

وفى مرحلة تالية إتسع مفهوم الوكالة المدنية ليشمل كل الأعمال الصناعية والزراعية . فقد إنتهى القانون الرومانى إلى تقرير النيابة الناقصة فيها هى الأخرى وذلك بفضل الفقيه بابينيان فى القرن الثالث الميلادى فا أعطى الغير فى هذه الحالة دعوي على غرار دعوى التجارة البرية ،تسمى " actio quasi institorie " والنيابة فى هذه الحالة هى نيابة ناقصة أيضاً ، للغير فيها حق الرجوع على النائب أو الأصيل .

– وفى عهد جستنيان وجدت دعوي أخري هى دعوى الإثراء لتكمل الدعوى السابقة . وأساسها إلتزام رب العمل بتعويض الغير عن الإثراء الذى أصابه من فعل قام به للغير . وتستعمل هذه الدعوى علي وجه الخصوص فى حالة قيامه الفضولى بعمل أصاب رب العمل منه فائدة ، فيلتزم بتعويض من تعامل معه الفضولى عن هذا الإثراء ولو لم يقرر رب العمل ما التزم به الفضولى . وكذلك تعطى هذه الدعوى للغير ضد الموكل فى حالة تجاوز حدود الوكالة .

– وفى كل هذه الفرضيات ، فإن أثر الإصلاح الذى حدث بالنسبة للنيابة لم يمحى شخص النائب تحت ستار الشخص الذى ينوب عنه . فا الدائن كمدين للشخص الذى تعاقد معه كنائب عن المدين الأصلى ، يمكنه أن يرجع على المستفيد الحقيقى

وبفضل هذه الإصلاحات التى قام بها الفقهاءالرومان ، فإنهم قد نجحوا فى التغلب على كل العقبات التي كانت تثيرها القاعدة التقليدية التى تقضى بعدم النيابة فى العقود .

المبحث الرابع

أنـــــواع العقـــــود

تمهيد :

ينقسم العقود عن الرومان إلى الأنواع الآتية :

(١) عقود عينية وهى العقود الآتية : القرض ، العارية ، الرهن ، الوديعة .

(٢) العقود الرضائية وهى : البيع والإيجار والوكالة والشركة .

(٣) العقود اللفظية .

(٤) العقود الكتابية :

وسنقتصر هنا على معالجة العقود العينية والعقود الرضائية فقط

المطلب الأول

العقـــود العينــــية

التعريف :

العقود العينية هي العقود التي لا تنعقد إلا إذا تم تسليم الشيء محل التعاقد . وصور العقود العينية في القانون الروماني هي : عقد القرض ، عقد الائتمان ، عقد العارية ، عقد الوديعة ، عقد الرهن .

ويعد عقد القرض أقدم هذه العقود ، أما العارية والوديعة والرهن لم يعتبرها الرومان من العقود قبل عصر الإمبراطورية العليا .

وتعتبر العقود العينية من تطبيقات فكرة عدم الإثراء على حساب الغير ، إلا أنها تفترض ، بالإضافة إلى تسليم الشيء وجود أتفاق بين المسلم والمستلم . وذلك راجع إلى أن الالتزامات ، التي تتولد عن استلام شئ أساسها الفكرة التى تقضى بعدم الإثراء على حساب الغير . حيث أن من دخل ذمته شئ أو قيمة مالية دون مقابل

يلتزم برد هذا الشيء أو هذه القيمة ، وإلا أثرى على حساب الغير وهو أمر غير مشروع،وسنعالج عقد القرض باعتباره أحد هذه العقود .

عقـــــد القـــــــرض[٢]

أولا : التعريف :

عقد القرض: عبارة عن عقد ينعقد بنقل ملكية شئ من المقترض إلى المقترض ، ويقترن نقل ملكية الشيء بتعهد من جانب المقترض بالرد بعد أجل محدود .

ويعتبر عقد القرض من العقود العينية في القانون الروماني وهو في نفس الوقت من العقود المسماة ، وقد ظهر منذ العهد الأول من عهود تاريخ القانون الروماني [٣] .

---

[٢] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٤٩ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى : المرجع السابق ، ص ٨١ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٩٦ وما بعدها .

وراجع فى القرض بفائدة فى الشرائع القديمة : د. حسن عبد الحميد ، الفائدة فى الشرائع القديمة ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية .

[٣] د. شفيق شحاته ؛ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

وقد كان عقد القرض ينصب في الأصل على نقود أو مواد غذائية . كما كان القرض في بداية الآمر عقدا من عقود القانون الضيق ؛ ولذا كان استعماله مقصورا على المواطنين الرومانيين ، ولكنه بعد ذلك أصبح عقدا عقدا من عقود قانون الشعوب ، ولذا أجيز استعماله لكل رعايا الدولة الرومانية [٤] .

ومن خلال هذا التعريف تستنتج الآتى :

(١) القرض عقد عيني :

(٢) عقد ملزم لجانب واحد .

(٣) الالتزام الناشئ عن عقد القرض مضاف إلى أجل . فالوظيفة الاقتصادية لعقد القرض تفيد بذاتها معنى الآجل ، مادام أنه يتعين رد الشيء المقرض في تاريخ معين ؛ فالآجل من طبيعة القرض [٦] .

---

[٤] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٤٩ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

[٦] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٤٩ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٨١ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى . تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ؛ ص ١٠٥ .

ثانيا: تكوين العقد [٧] :

(١) الأهلية اللازمة لقيام عقد القرض .

يشترط أن يكون المقرض أهلا للتصرف في المال ، لأن القرض يقوم على تسليم المقرض للشيء محل القرض إلى المقترض ، ولما كان القرض محله أشياء مثلية ، فهنا التسليم يؤدى إلى تمليك المقترض محل القرض .

فإذا كان المقرض صغيرا ، لزم صدور الإجازة من الوصي ، وإلا فأن للقاصر أن يسترد ماله في الحال ، مادام المال قائما بعينه في ذمة المقترض . أما إذا كان المقترض قاصرا ، لا يكون أهلا في الأصل لتسليم محل القرض إلا إذا كان قد أجاز القرض وليه .

---

[٦] د. عبد المجيد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

[٧] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٤٩ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٨١ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ٩٩ وما بعدها .

وفيما بعد صدرت التوصية المقدونية والـتي بموجبهـا إذا أقـترض
ب لأسرة نقودا ، فأنه يستطيع أن يدفع مطالبة المقرض بالرد فلا يعـود
مسئولا عن الرد إلا إذا كانت له حوزة مالية ، وفى حدود هذه الحوزة
، لابل إنه يستطيع أن يدفع مطالبـة المقـض بـالرد حتـى بعـد وفـاة رب
الآسرة وانتقال التركة إليه ، هذا مالم يختار الوفاء بالقرض . فهنا يكون
الوفاء صحيحا (الموسوعة ، ١٤، ٦، ١ ، الفاتحة)

(٢) أن يكون المقرض مالكا للمال محل القرض :

يشترط أن يكون المقرض مالكا للشئ محل القرض ، وهذا شرط
بديهى ، إذ لا يجوز للشخص أن يقرض مال الغير .

ثالثا: شروط انعقاد القرض

حتى ينعقد عقد القرض يشترط توافر الأتي[٨]:

الشرط الأول : الإعطاء :

---

(٨) د. محمود سلام زناتي ؛ المرجع السابق ، ١٤٩ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ المرجع السابق ، ص٨٦ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ٩٩ وما بعدها

والإعطاء يتمثل في نقل المال محل القرض من المقرض إلى المقترض . ومحل القرض دائما يكون من الأشياء المثلية ، التي يحل بعضها محل بعض في الوفاء . ومن أمثلتها النقود ، القمح ، الزيت . وهذه الأشياء تنتقل ملكيتها بمجرد التسليم .

الشرط الثاني : الاتفاق :

فالاتفاق هو الذي يحدد طبيعة العقد الذي تم إبرامه ، حيث يتحدد ما إذا كان التسليم تم على سبيل القرض أو على سبيل آخر ، كما أن الاتفاق هو الذي يحدد الأجل المعين لرد محل القرض وشروط الرد [٩] .

رابعا : أثار عقد القرض

(١) الالتزام بالرد والدعاوى التى تحميه :

ينشأ عن عقد القرض التزام فردى من جانب واحد ، وهو يتمثل فى التزام المقرض بالإعطاء محل القرض للمقترض . وهذا الالتزام

---

[٩] د. عبد المجيد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، ١٠٢ .

من التزامات القانون الضيق ، فيترتب على عقد القرض التزام المقترض بما يوازي مبلغ القرض من حيث النوع والمقدار وهو التزام من التزامات القانون الضيق . فلا يلزم برد أكثر مما أستلم بالفعل فإذا استلم مائة فلا يلتزم برد أكثر منها آي لا يلزم بالفوائد إذ القرض عقد بدون مقابل .

فالقاعدة انه ينشأ عن عقد القرض التزام بالرد على عاتق المقترض . وهذا الالتزام تحميه دعوى شخصية وهذه الدعوى من دعاوى القانون في زمن الألواح الاثنى عشر ، وهى دعوى القسم أو كانت دعوى المطالبة بتعيين قاض .

وفى عهد دعاوى البرنامج الذي تقرر بمقتضى قانون أبيوتيا كانت الدعوى التى تحمى القرض الوارد على مبلغ من النقود هى دعوى المطالبة بالنقود المعينه ، وهى دعوى من دعاوى القانون الضيق .

أما إذا كان محل القرض شئ آخر غير النقود (مثل النبيذ ، أو الزيت فالدعوى التى تحمى القرض هى دعوى المطالبة بأشياء معينة . والتى أصبحت فيما بعد تعرف باسم دعوى تريتيكاريا .

(٢) تبعة الهلاك :

عقد القرض يكون محله أشياء مثلية . ولذا فإن المقترض هو الذى يتحمل تبعة هلاك الاشياء التى قد يكون أعدها للوفاء . فاذا كان المقترض مثلا قد أعد كمية من القمح مماثلة للكمية التى أقترضها ومن ذات الصنف ثم أتت عليها النار فإن ذمته لاتبرأ فى مواجهة دائنه . بل يبقى رغم ذلك مدينا بنفس الكمية وعليه أن يسعى إلى الحصول على كمية آخرى لتسليمها للدائن . فهو إذن يتحمل تبعة هلاك الشئ المدين به ، وهذا هو معنى القاعدة الرومانية الشهيرة التى تقرر : " المثليات لاتهلك " أى أن الاشياء المثلية موجودة دائما فى السوق ، ومن الممكن الحصول عليها لإحلال بعضها محل بعض [١٠].

---

[١٠] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٥٣ .

خامساً: القرض بفائدة فى القانون الرومانى [11]

(١) القاعدة العامة :

كانت القاعدة العامة إن عقد القرض لآيولد التزاما بدفع فوائد عن المال المقترض . وذلك راجع إلى الاتى :

الأول : أن القرض عبارة عن تمليك مثلى على أن يرد مثليه وليس هناك عقد يولد التزاما في ذمة المقترض .

الثاني : ان عقد القرض - في روما - كان يتم بين أشخاص ينتمون إلى عشيرة واحدة أو بين أشخاص ، تربط بينهم رابطة صداقة . وكان الهدف منه مد يد المعونة إلى رب الآسرة المحتاج بتقديم المال أو الاشياء الأخرى إليه على أن يقوم بردها عند تحسين أحواله .

الثالث : أن القرض من عقود التبرع الملزمة لجانب واحد ، والتى لا يترتب عليها التزام على عاتق المقترض بفائدة ما .

---

(١١) د. راجع بوجه خاص : د. حسن عبد الحميد ، الفائدة فى الشرائع القديمة ، القاهرة ١٩٩٦ ؛ د. المرجع السابق ،١٥٥ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ؛ المرجع السابق ، ص ٨٩ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .

(٢) الاستثناء :

ولكن مع تغير الظروف الاقتصادية وانفتاح المجتمع الروماني على العالم الخارجي ، واتسع استعمال عقد القرض ، حتى اصبح عقدا من عقود قانون الشعوب ، أصبح عقد القرض منتجا لفوائد . ومع ذلك فإن الرومان أبقوا عقد القرض بوصفه قرضا خاليا من الفوائد . ولذلك قد كان من يريد تقاضى فوائد يعقد في الأصل عقد النكسوم ، وتشترط فيه فائدة . أو إضافة تعهد إلى عقد القرض لإزام المقترض بدفع فائدة . وعليه فإن الالتزام بالفوائد مصدره التعهد الرسمي .

(٣) الحماية المقررة للمدين في عقد القرض بفائدة [١٢]

ومع إنتشار القرض بفائدة ساء مركز المقترضون فى روما ، ارتفع سعر الفائدة إلى حد كبير ، بالإضافة إلى حصول المقترض على فوائد على متجمد الفوائد ، الأمر الذي دفع المشرعون الرومان إلي التخلي لحماية المقترضين .

وتمثلت الحماية المقررة للمدين في الآتي :

---

[١٢] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ،١٥٥ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص٨٩ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ٩٦ وما بعدها

(١) تحديد الحد الأقصى لسعر الفائدة :

في بداية الآمر صدر قانون جنوتشيا في عام ٣٤٢ ق. م. وهذا القانون حرم القرض بفائدة (أيا كان سعرها) . ولكن هذا التشريع لم يطبق أبدا .

ولكن في زمن شيشرون ، كان المقرضون يتقاضون فوائد تبلغ ١٢٪ سنويا . وجاء الإمبراطور كار كلا وحرم حساب الفوائد على الفوائد ، التي سوف تستحق وحرم زيادة الفوائد المتراكمة على رأس المال .

وجاء جوستنيان فخفض سعر الفائدة ، وجعله ٦٪ وحرم تقاضي فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) عقوبة تقاضي فوائد قبل العصر العلمي :

قبل العصر العلمي لم يكن القرض بفائدة مباحا ، حيث شدد القانون على المرابين ؛ حتى أنه كان المرابي يدفع غرامة قدرها أربعة أمثال الفائدة الربوية .

وبمقتضى قانون مارتشيا كان للمدين الذى دفع فائدة ر
حق وضع اليد على دائنه حتى يسترد منه ماأخذه بغير وجه حق

(٣) نقل عبء أثبات واقعة القبض :

فى عهد الإمبراطورية العليا ، لم يعد القرض بفائدة بحاجة إلى تعهد رسمي . حيث إن القرض كان يثبت عن طريق الكتابة ، والورقة المكتوبة التي تتضمن الاتفاق على القرض بفائدة سواء أكان قد عقد في صورة تعهد رسمي أم في غير هذه الصورة ، كانت عبارة عن إقرار بالدين أو اعتراف به .

ويستند المقرض - في حالة مقاضاة المقترض - إلى هذا المحرر ولكن تمادى المرابون في إساءة استعمال الكتابة . حيث كانوا يستكتبون المدينين إقرارات صورية ، تزيد عن المبالغ المذكورة فيها على المبالغ التى سلمت إليهم فعلا ، وذلك بهدف إخفاء الاتفاق على الفوائد الربوية .

وفى هذه الحالة لم يكن المدين " المقترض " مجردا من الحماية ، بل كان له الالتجاء إلى الدفع بالغش عندما يطالبه الدائن " المقرض " بالتنفيذ . وللمدين أيضا المنازعة مباشرة فى صحة ادعاء الدائن "

لمقرض " ولكن فى الحالتين كان عبء الاثبات يقع على عاتق المدين فكان عليه أن يثبت عدم قبضه المبالغ التى يطالبه بها الدائن كلية أو جزئيا ، وكان هذا الامر عسيرا ، حيث أنه قد أقر بقبضه المبلغ وإقراره ثابت كتابة فى المحرر الذى بيد الدائن . ومن ناحية آخرى أن عدم القبض واقعة سلبية والوقائع السلبية ليس من السهل تقديم الدليل عليها . ومن هنا فإن هذه الوسائل لم تكن تكفل للمدينين حماية فعالة ضد أستغلال الدائنين " المقرضين " [١٣] .

وتفاديا لهذا الوضع أصدر الامبراطور كراكلا قانونا عام ٢١٥ بعد الميلاد يقضى بنقل عبء أثبات واقعة القبض من عاتق المقترض إلى المقرض ، وأصبح من حق المقرض الذى يطالب بالرد أن يدفع الذى يطالب بالرد أن يدفع المطالبة بعدم تسلم النقود . وتحت تأثير القانون المصرى على القانون الرومانى ، أصبح من حق المدين تقديم شكوى قبل توجيه المطالبة إليه وهى شكوى عدم تسلم النقود[١٤] . [١٥]

---

[١٣] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ، ١٥٧ .

[١٤] د. محمود سلام زناتى ؛ المرجع السابق ،١٥٥ وما بعدها ؛ د. شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص٨٩ وما بعدها د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ٩٦ وما بعدها ؛

[١٥] ونظرا لأهمية عقد القرض فى الشرائع القديمة فيما يلى معالم عقد القرض فى القانونين

المطلب الثاني

العقـــــود الرضـــائيـــة

العقود الرضائية فى القانون الرومانى أربعة عقود هى : البيع ، الشركة ، الايجار ، الوكالة .

وتنعقد العقود الرضائية بمجرد التراضى ودون حاجة إلى أستعمال ألفاظ معينة ، أو كتابة عبارات معينة ، أو تسليم شئ من الاشياء .

والذى دفع الرومان إلى الاكتفاء بالتراضى فى هذه العقود ، أتصالهم بالشعوب الاخرى ؛ مما أستدعى تسهيل التعامل وعدم التقيد بالاشكال التى فرضها القانون الرومانى فى الاصل على المواطنين الرومان . بالاضافة إلى أن هذه العقود الاربعة هى عماد التعامل فى الحياة ، وأهميتها العملية تفوق غيرها من وتعتبر العقود الرضائية من عقود قانون الشعوب [1].

---

(١) د.شفيق شحاتة ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

ويلاحظ أن مجموعة العقود الرضائية تمثل أهمية خاصة فى القانون الرومانى ؛ لأنها تعتبر عقودا مستثناه من القاعدة العامة فى العقود والمسلم بها فى القانون الرومانى ، والتى تقضى بأن الاتفاق المجرد لاينشأعنه دعوى .

فالعقود الرضائية مجرد اتفاقات مجرده ، ليست محاطة بأى شكل من الاشكال (كأستعمال الفاظ معينة أو كتابة عبارات معينة) . وليست مصحوبة بتسليم شئ من الاشياء ، فهى ليست عقودا لفظية ، وليست عقودا كتابية أو عينية ، ومع ذلك فهى عقود حقيقية [٢].

والامر الذى تجدر الاشارة إليه ، أنه لما كانت هذه العقود مجرد استثناءات ، فهى لذلك مبينة على سبيل الحصر ، فلا توجد فى روما سوى اربعة عقود رضائية فقط ، وهى الشركة ، الوكالة ، الاجارة ، البيع [٣] .

---

(٢) د.عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ص ، ١٠٢ .

(٣) المرجع السابق ، ص١٠٢ .

وقبل الدخول فى أيضاح مجموعة العقود الرضائية ، ينبغى أن نشير إلى الخصائص العامة لهذه العقود . وهذه الخصائص هى :

(١) العقود الرضائية : هى العقود التى يكفى مجرد التراضى لأنعقادها ، فلايشترط لقيامها اتخاذ اجراءات معينة محددة سلفا .

(٢) هذه العقود واردة على سبيل الحصر . وذلك لأنها مستثناه من الاصل العام ، الذى يقضى بأن الاتفاق المجرد لايتولد عنه دعوى . وهذه العقود الرضائية هى البيع ، الوكالة ، الشركة ، الاجارة .

(٣) تعتبر العقود الرضائية من عقود حسن النية ، بمعنى إن القاضى يتمتع بالنسبة له بسلطة تقديرية واسعة ، تسمح بالنسبة له بأن يحدد فى حرية تامة ما يلتزم به أحد الطرفين قبل الآخر طبقا لما يقضى به حسن النية .

(٤) تعتبر العقود الرضائية عقودا تبادلية . أى أنهـا تنشئ التزامات متبادلة بين المتعاقدين . فنجد أن البيع والايجار والشركة ؛ تعد عقودا رضائية كاملة ، إذ هى تنشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين منذ وقت أنعقادها ولكن يشذ عن ذلك عقد الوكالة ، حيث أنه عقد تبادلى ناقص لكنه لاينشئ ، منذ أنعقادة سوى التزام على عاتق

الوكيل بتنفيذ المهمة التى عهد إليه بتنفيذها ، ولكن إذا تكلف الوكيل أثناء قيامة بمهمته بعض النفقات ، كان الموكل ملزما بتعريضه عنها .

وبعد بيان الخصائص العامة للعقود الرضائية . سنتناولُ عقد البيع فقط .

عقـــــــد البيـــــــع

أولا : التعريف :

يعرف عقد البيع بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين وهو البائع بنقل الحيازة الهادئة والمستمرة على شئ إلى الطرف الاخر وهو المشترى . الذى يلتزم بدوره بنقل ملكية قدر من النقود على سبيل الثمن إلى الثمن إلى البائع " [٤].

---

(٤) د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ،ص ١٧٧ .

ويلاحظ أن عقد البيع فى القانون الرومانى يسمى عقد البيع والشراء ، مما يدل على أنه قد كان هناك فى الاصل تصرفان قانونيان لاتصرف قانونى واحد [٥]

من خلال هذا التعريف يتضح أن عقد البيع يتمتع بمجموعه من الخصائص تتمثل فى الآتى [٦] :

(١) عقد ملزم للجانبين . حيث يلتزم المشترى بدفع الثمن فى حين يلتزم البائع بتسليم المبيع وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

---

[٥] د. شفيق شحاته ، ١٧٨ .

[٦] د.شفيق شحاتة ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ١٧٨وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ،ص ١٧٦ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ وما بعدها ؛ د. محمد نور فرحات ود. محمد جمال عيسى ، الوجيز فى تاريخ النظم ، مرجع سابق ، ص ٤٧٧ .

(٢) كان يختلط عقد البيع ـ عند بعض فقهاء الرومان ـ بعقد المقايضة . إذ أنه وفقا لمذهب السابنيين يعتبر البيع مبادلة مال بمال ، ومن ثم فإنه يتضمن المقايضة ؛ لأن المقايضة تقوم علي تبادل سلعة بسلعة آخرى . إلا أن هذا المذهب لم يرجح فى القانون الرومانى ؛ وإنما رجح عليه مذهب البروكليين ، الذين كانوا يقصرون البيع على مبادلة شئ بالنقود . ومن ثم يخرج من نطاق عقد البيع وفقا لمذهبهم عقد المقايضة ؛ لأنه لايتحقق إلا إذا كان البدلين من جنس واحد . وبرجه عام فقد أختفى تماما كل خلط بين البع والمقايضة فى عصر الامبراطور دقديانونس .(٧)

(٣) عقد البيع مصدرا من مصادر الالتزامات وليس ناقلا للملكية قد كان عقد البيع فى القانون الرومانى غير ناقل للملكية ، ذلك أن العقد فى الفقه الرومانى يعتبر مصدرا من مصادر الالتزامات . أما الحقوق العينية فلا يعد العقد سببا لها . ومن هنا فإن عقد البيع ـ فى روما ـ كان ينشئ التزامات فى ذمة المشترى ؛ وكذلك التزامات فى

---

(٧) د. شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ـ ١٨٠ ؛ د. محمد نور فرحات ود. محمد جمال عيسى ، الوجيز فى تاريخ النظم ، مرجع سابق ، ص ٤٤٧.

ذمة البائع ، ولكن لايعد من التزامات البائع الالتزام بنقل الملكية ولكن يلتزم فقط بتسليم الشئ المبيع . فالملكية لاشأن للعقد بها .

ثالثا : أركان عقد البيع :

تتمثل أركان عقد البيع فى الشئ المبيع ، والثمن ، والتراضى .

وفيما يلى إيضاح الاركان السالفة :

(١) الشئ المبيع :

محل البيع هو الشئ الذى يرد عليه البيع ، وكانت القاعدة فى روما إن كل شئ يجوز التعامل فيها يصلح إن يكون محلا لعقد البيع . ومن هنا فالمبيع قد يكون عقارا أو منقولا إذ يكون شيئا معنويا كحق الانتفاع أو الدين ، أو مجموع من الحقوق كالتركة .

كما أن البيع يمكن أن يقع على الاشياء الاتية [٨]:

---

[٨] د.شفيق شحاتة ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ١٩٣وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ،ص ١٨٣ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص١٣٥ وما بعدها.

(١) الاشياء المستقبلية : إذ كان بيع الاشياء المستقبلية جائزا فى القانون الرومانى . ولكن يجب التفرقة بين حالتين : الاولى : بيع الاشياء المستقبلية المعلق على شرط وجود الشئ وهو ما يسمى الشئ المؤمل مثلا محصول العنب القادم .

الثانية : بيع الاشياء المستقبلية دون تعليقه على أى شرط ، وهنا يلتزم المشترى بدفع الثمن ولو لم يتحقق وجود الشئ وهنا يعرف البيع : بيع مجرد الامل .

(ب) الاشياء المملوكة للغير :

حيث أجاز الرومان بيع ملك الغير . ويرجع العلة فى ذلك إلى الاختلاف فى طبيعة عقد البيع عنه فى القانون الرومانى عنه فى القانون الحديث ، حيث أن البيع الرومانى لم يكن تصرفا ناقلا للملكية ؛ وإنما كان تصرفا منشأ لألتزامات . إذ البيع فى ذاته لايؤدى إلى نقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى ، وأنما يولد الالتزامات فقط ، حيث يلتزم البائع بنقل الحيازة الهادئة والمستمرة على الشى المبيع إلى المشترى ، فإذا

لم يفلح البائع في الحصول عليه التزم بتعويض المشترى عن الضرر الذى لحقه بسبب عدم تنفيذ العقد [٩] .

(ج) بيع الاشياء المثلية : أختلف شراح القانون الرومانى حول ورود البيع على الاشياء المثلية ، وهى الاشياء التى يتم تحديدها بوزنها أو عدها , وقد أنقسم الشراح إلى رأيين هما [١٠] :

الرأى الاول : ذهب البعض إلى أن المحل فى البيع الرضائى يشترط أن يكون معينا بالذات ، ومن هنا فلم يكن من الممكن أن يرد البيع على أشياء مثلية كمائة جوال من القمح مثلا . والقائلون بهذا الرأى يستندون إلى حجة مفادها عدم وجود نص واحد يتضمن بيع لشئ مثلى .

---

[٩] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٩٥ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ،ص ١٨٣ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، تاريخ القانون المصرى مع دراسات فى نظرية العقد فى القانون الرومانى ، المرجع السابق ، ص١٣٥ .

[١٠] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٩٥ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٣ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٣٥ .

الرأى الثانى : وذهب الرأى الراجح إلى أنه ليس هناك ما يمنع من ورود البيع على أشياء مثلية ، ويحتجون على ذلك بعدم وجود نص يمنع ذلك ، وايضا بورود نص عن أحد الفقهاء الرومان يتعلق ببيع ١٠٠٠ مكيال من النبيذ . وعليه فانه يمكن القول بأن البيع الرضائى يمكن أن يرد على الاشياء المثلية . ولكن لايكون البيع مكتملا إلا من الوقت الذى يتم فيه تعيين هذا الشئ وأفرازه [١١].

(٢) الثمن [١٢]

ينعقد البيع مقابل ثمن ، فالثمن هو الركن الثانى من أركان البيع فى روما . والثمن عبارة عن مبلغ نقدى من النقود المضروبة .

---

(١١) د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٣ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٣٧ .

(١٢) د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٩٦ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ص١٣٦ وما بعدها .

شروط الثمن فى البيع الرومانى :

الشرط الاول : ان يكون الثمن نقديا :

بمعنى أن يكون الثمن فى صورة قدر من النقود المسكوكة . وقد ثار خلاف بين البرولكليين والسابنيين حول طبيعة الثمن فى البيع والعلاقة بين البيع والمقايضة .

إذ ذهب السابنيون إلى جواز أن يكون الثمن بغير النقود ، ومعنى ذلك أنهم يرون البيع عبارة عن مبادلة مال بمال ، وبناء عليه فأنهم كانوا يرون فى المقايضة نوعا من البيع . وقد دفعهم إلى ذلك رغبتهم فى مد الحماية الفعالة التى كانت مقررة للبيع إلى المقايضة .

وذهب البروكليون إلى عكس ما سبق ، حيث أشترطوا ضرورة أن يكون الثمن فى صورة نقود مسكوكة ، حيث كانوا يقصرون البيع على مبادلة الشئ بالنقود . وعليه ففى أعتقادهم أن مبادلة الشئ بالنقود . وعليه ففى أعتقادهم أن مبادلة الشئ بالشئ يعد مقايضة وليس بيعا . ويعتبرون أن المقايضة عقد من نوع خاص ومتميز عن البيع .

وقد أنتصر الرأى الاخير ، حيث لقى رواجا لدى غالبية الفقهاء ، ومن هنا أشترط ليكون العقد بيعا أن يكون الثمن فى صورة نقود ، ولكن مع تدهور الوضع الاقتصادى فى روما فى عصر الامبراطورية السفلى أجيز أن يكون الثمن من غير النقود كالحاصلات الزراعية ، ويرجع ذلك إلى الظروف الاقتصادية المتدهورة ، والتى أدت إلى ندرة أستعمال النقود ، وأستعمال السلع المختلفة فى رفع أثمان الاشياء التى يشترونها .

الشرط الثانى : أن يكون الثمن محددا .

فيشترط أن يكون الثمن محددا أى معينا أو قابلا للتحديد ؛ بحيث لا يكون مفضيا للمنازعة . فقد يكون الثمن عبارة عن مبلغ من النقود : أو قد يترك تحديد الثمن للمقومين .

ويلاحظ أن البيع يكون باطلا ـ فى القانون الرومانى ـ لو ترك أمر تحديد الثمن لأحد المتعاقدين [١٣].

---

[١٣] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٩٩ .

وقد أختلف فقهاء الرومان حول صحة البيع فى حالة ترك تحديد الثمن لشخص آخر . فذهب البعض إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون باطلا ، بينما ذهب البعض الآخر إلى صحة البيع طالما أن الشخص الذى سيعهد إليه بتحديد الثمن قد تم تعينه فى العقد . وقد قرر جوستنيان أن البيع فى هذه الحالة يكون معلقا على شرط واقف ، ويصبح نهائيا بقيام الشخص بتحديد الثمن بالفعل ؛ وإلا فإن البيع يكون باطلا لعدم وجود الثمن (١٤).

الشرط الثالث : أن يكون الثمن حقيقيا :

يشترط أن يكون الثمن حقيقيا . إى أن يكون جديا ، حيث يشترط إلا يكون صوريا ، إذ فى الحالة الاخيرة يكون العقد عقد هبة وليس بيعا . ولزم توافر شروط الهبة .

الشرط الرابع : أن يكون الثمن عادلا :

بمعنى يجب أن يكون الثمن معادلا لقيمة الشئ الحقيقية . ويلاحظ أنه لم يشترط كون الثمن عادلا إلا فى عصر الامبراطورية

---

(١٤) د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ .

السفلى ، إذ كان البائع ـ قبل ذلك ـ حرا فى المبالغة فى قيمة الشئ الذى يعرضه للبيع ، والمشترى كان حرا فى محاولة الحصول عليه بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية . وكان البيع صحيحا ، طالما أن البائع أو المشترى لم يرتكب غشا ، ولاعبرة بكون الثمن بخسا أو باهظا .

ولكن فى عصر الامبراطورية السفلى ، قد ظهرت فكرة الغبن ، إذ أعطى لبائع العقار الذى يبيع بغبن فاحش الحق فى طلب إلغاء البيع ، ويكون الغبن فاحسشا إذا كان الثمن أقل من نصف القيمة الحقيقية للشئ .

وفى حالة الغبن الفاحش يكون للمشترى أن يختار مابين رد الشئ المبيع وتكملة الثمن . ويرجع تدخل الامباطور دقليدانونس الذى أقتصر على حماية البائع بدورة إلى الظروف الاجتماعية التى سادت فى هذا العصر . إذ أن كثيرا من صغار الملاك أضطروا إلى بيع اراضيهم لكبار الملاك ليستطيعوا العيش وأولادهم ، متابل ثمن بخس مفروض من هؤلاء الملاك عليهم [١٥].

---

[١٥] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٩٩ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٣٨ .

ويلاحظ إن نظرية الغبن فى بداية الامر كانت لاتحمى إلا بائع العقار ، ولكن أتسع نطاقها فى عهد جوستنيان . حيث مد نطاقها ليشمل كل بائع ، أيا كان نوع الشئ المبيع [١٦] .

وبوجه عام يمكننا تلخيص نظرية الغبن فى القانون الرومانى فى النقاط الاتية [١٧] :

(١) لم يكن الثمن العادل شرطا منشروط صحة البيع فى القانونالرومانى قبل عصر الامبراطورية السفلى . حيث تم فى عهد الامبراطورية السفلى ، اشتراط أن يكون الثمن متعادلا مع قيمة الشئ المبيع .

(٢) العقد الذى يؤثر فيه الغبن هو العقد الوارد على عقار ، ثم أن الغبن لاينظر إليه إلا من ناحية البائع .

---

[١٦] د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص١٨٦ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٣٩ .

[١٧] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص٢٠٠ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٣٨ .

(٣) كان لايعتد إلا بالغبن الفاحش ، ويتحدد على الأساس الاتى : إذا كان الثمن أقل من قيمة المبيع كان هناك غبنا . أما إذا باع المالك عقاره بثمن يزيد كثيرا على قيمته فلا يكون هناك غبن فى حق المشترى . ولكن فى القانون البيزنطى قد أمتدت الحماية إلى المشترى فأصبح الغبن ينظر إليه من الناحيتين جميعا .

(٤) لم يكن الغبن عيبا من عيوب الرضا . ولكن كان للقاضى أن ينقص العقد الذى أنطوى على غبن فاحش ، أى غبن يتجاوز نصف الثمن ، مالم يختر المشترى تكملة الثمن .

---

(٣) التراضى :

عقد البيع من العقود الرضائية الاربعة . فالتراضى ركنه الاساسي . وقد قرر ذلك جوستنيان : " يتم البيع بمجرد الاتفاق على الثمن ولو لم يحصل نقده " ويقتضى ذلك أن البيع ينعقد صحيحا عن

طريق الرسالة أو الكتابة مع ملاحظة أنه في الاصل الكتابة وسيلة أثبات [١٨].

فالتراضى هو أتفاق إرادتى إرادتى المتعاقدين ، البائع والمشترى على الشئ المبيع والثمن . والبيع الرضائى ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على الشئ المبيع والثمن . فالقانون الرومانى لم يتطلب لإنعقاده تسليم شئ أو تدوين محرر أو أى إجراء شكلى آخر .

هل الكتابه فى عقد البيع لازمه للإثبات ؟ [١٩]:

مع أن البيع الرضائى لم يكن يتطلب الكتابة إذا كان ينعقد بمجرد أتفاق الطرفين ، ولكن العادة كانت جارية بين المتعاملين تدوين البيوع وكان القصد من ذلك تسهيل إثبات هذه البيوع عندما يثور نزاع بشأنها . وأيضا لم يكن يوجد ما يمنع المتعاقدين على الاتفاق على تعليق إتمام العقد نفسه على تحرير وثيقة به . وهنا ــ فى هذه الحالة ــ كانت الكتابة ركنا أساسيا فى البيع بحيث أن الاتفاق الذى تم بين

---

[١٨] د.شفيق شحاتة ، مرجع سابق ، ص١٨٩

[١٩] د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٤٠ وما بعدها .

المتعاقدين ، قبل تدوينه لايكـون إلا بكتابة مشـروع لكـل مـن الطرفـين الرجوع فيه بالامتناع عن المساهمة في الكتابة . ومع مرور الوقت حدث خلط بين فكرة المحرر بوصفه وسيلة أثبات وفكرة المحرر بوصفه ركنا لازما لوجود العقد [٢٠] .

---

[٢٠] راجع فى ذلك وفى التطورات اللاحقة د. محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

آثار عقد البيع [١]

أولا : التزامات المشترى :

الالتزام الرئيسي الذى يقع على عاتق المشترى . هو الالتزام بدفع الثمن . ويما يلى أحكام الالتزام بدفع الثمن فى القانون الرومانى :

يلتزم المشترى بدفع الثمن إلى البائع ، ويمكن للبائع الرجوع على المشترى الذى يمتنع عن الوفاء بالثمن بدعوى البيع .

ويلتزم - أيضا - المشترى بدفع فوائد عن الثمن بمجرد أستلامه الشئ المبيع دون حاجة إلى إعذار .

ويلتزم - أيضا المشترى - بتعويض البائع عن المصاريف التى أضطر إلى انفاقها للمحافظة على الشئ قبل تسليمة .

---

(١) د. شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٢٠١ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ وما بعدها .

وكان الثمن يدفع عنـد تسلم المبيـع ، ولكـن كـان مـن الجـائز الاتفاق على أن يدفع الثمن قبل التسلم أو بعده بمدة معينة .

وقد قرر القانون الرومانى ضمانات معينة لحصول البائع على الثمن وهذه الضمانات هى :

(١) الضمانات المقررة للبائع للحصول على الثمـن قبل تسليم المبيع إذا أمتنع عن دفع الثمن ولم يكن البائع قد قام بعـد بتسليم المبيع إليه . هنا لم يكن للبائع الحق فى طلب فسخ العقد . حيث إن الرومـان لم يعرفوا فكرة الفسخ لعدم قيام احد المتعاقدين بما عليه من التزام .

ولكن لم هناك ما يمنع من إضافة اتفاق يلحق بعقد البيع وينـص على إعطاء البائع الحق فى فسخ العقد فى حالة إمتناع المشترى عن دفع الثمن .

(٢) الضمانات المقـررة للبـائع للحصـول علـى الثمـن بعد التسليم [٢] .

---

(٢) د. محمود سلام زنـاتى ، نظم القـانون الرومـانى ، مرجع سـابق ، ص ٢٠٨ – ٢٠٩ .

إذا تم تسليم المبيع إلى المشترى ولم يقبض البائع الثمن هنا يفقد البائع الحق فى أستعمال دعوى الاسترداد للمطالبة باسترداد المبيع . ولكن هنا ينبغى التفرقة بين حالتين :

الحالة الاولى : إذا كان نقل الملكية قد تم بطريق الاشهاد أو الدعوى الصورية .

ففى هذه الحالة : يترتب على الاشهاد والدعوى الصورية زوال ملكية البائع للشئ المبيع ، ولكن له حق رفع دعوى شخصية على المشترى للمطالبة بالثمن .

الحالة الثانية : إذا كان نقل الملكية قد تم بطريق التسليم هنا نجد أن التسليم لايؤدى إلى نقل الملكية إلا بالنسبة للأشياء غير الاشهادية ، وقد أصبح فيما بعد التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية .

وقد ترتب على ذلك رسوخ القاعدة التى تقرر إن التسليم فى البيع لايؤدى إلى نقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى إلا إذا كان المشترى قد دفع الثمن .

وقد ورد على القاعدة السابقة استثناء مفاده أن التسليم ينقل ملكية المبيع إلى المشترى، رغم عدم دفع الثمن إذا كان البائع قد وثق بالمشترى بأن أعلن ثقته فيه صراحة أو بأن أعفاه من تقديم كفيل أو رهن يضمن الوفاء بالثمن . ففى هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى رغم عدم دفعه الثمن [٣] .

ثانيا : التزامات البائع :

تتمثل التزامات البائع فى الاتى :

(١) الالتزام بالتسليم

الالتزام بالتسليم هو التزام بمجرد عمل وهذا العمل هو إداء الشئ أو نقل حيازته للشئ . والتسليم لايتم إلا إذا انتقلت إلى المشترى حيازة لايمكن انتزاعها بموجب أمر من من الاوامر التى تحمى الحيازة ، وإلا فإن للمشترى أن يرفع دعوى الشراء ، ولو لم يفصل بعد فى دعوى الحيازة [٤]

---

(٣) د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ .

(٤) د. شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٣١٦

أهمية التسليم فى القانون الرومانى

يؤدى التسليم إلى أنتقال الملك إلى المشترى متى توافرت شروطه . فالبائع كان ملتزما بأن ينقل إلى المشترى حيازة الشئ ، أى ان يتخلى عن سلطته الفعلية على الشئ لصالح المشترى . والتزام المشترى بتسليم الشئ ذاته يتضمن ايضا التزام البائع بتسليم توابع الشئ التى كانت موجودة وقت العقد ، بالاضافة إلى الثمار التى أنتجها أو الزيادات التى طرأت عليه منذ أنعقاد العقد إلى حين التسليم ، وكذلك يلتزم البائع بتسليم مستندات الملكية [٥] .

(٢) الالتزام بالمحافظة على الشئ المبيع :

يلتزم البائع بالمحافظة على الشئ المبيع ، بحيث إن المبيع إذا هلك بخطأ كان هو مسئولا عن الهلاك . ومعيار مسئولية البائع هو معيار عناية رب الاسرة حسن الادارة بأمواله .

ويلاحظ إن للمتعاقدين حرية الاتفاق على تخفيف مسئولية البائع أو تشديدها ، إذ لهما أن يتفقا على أنه لايسأل البائع عن خطأه

---

[٥] د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ١٩٨ـ ١٩٩ .

أو اهماله بل عن غشه فقط ، ولهما - أيضا - أن يتفقا على أنه يسأل عن هلاك الشئ المبيع ولو كان ناشئا عن حادث جبرى .

(٣) الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق :

لو ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع ، وتمكن الغير من أسترداد الشئ . هنا فى هذه الحالة يقال ان المبيع قد أستحق للغير .وعليه فالاستحقاق يحدث عندما يطلب المالك الحقيقى بأسترداد الشئ إذ عندما يباشر دائن مرتهن حقه فى تتبع الشئ ويدفع على المشترى دعوى الرهن ، أو عندما يتوصل صاحب حق الانتفاع إلى أثبات حقه على الشئ المبيع .

فالاستحقاق هو خروج الشئ كله " استحقاق كلى " أو جزء منه " أستحقاق جزئى " من تحت يد المشترى أو الوفاء بقيمة النقلية بمقتضى حكم قضائى فى الدعوى المرفوعة من قبل المالك على المشترى ، وذلك حتى يتسنى لهذا الاخير الاحتفاظ بالشئ [٦]

---

(٦) د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص١٥٠ .

وقد مر ضمان الاستحقاق بالمراحل الاتية فى القانون الرومانى [٧]

(١) فى ظل القانون القديم :

لم يكن البائع ملتزما بضمان الاستحقاق بصورة تلقائية إلا إذا كان الشئ المبيع قد نقل إلى المشترى بطريق الاشهاد . إذ فى هذه الحالة يجب على المشترى أن يخطر البائع بالدعوى المرفوعة عليه من الغير باستحقاق الشئ المبيع . وهنا يستدعى المشترى البائع أمام القضاء لمساعدته فى الدعوى المرفوعة من الغير ، فإذا لم يحضر أو تم الحكم بالاستحقاق ، وتم أنتزاع الشئ المبيع من المشترى هنا يكون للمشترى أن يطالب البائع بضعف الثمن المدفوع بمقتضى دعوى الضمان وهى دعوى جنائية .

أما بالنسبة للأشياء غير الاشهادية ، أى الاشياء التى لم يكن الاشهاد يستخدم لنقل ملكيتها فقد كان ضمان الاستحقاق يتولد عن

---

(٧) د. شفيق شحاته، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ١٩٩ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها .

أشتراط يتعهد بمقتضاه البائع للمشترى باحتفاظه بالسلطة الفعلية على الشئ وبعدم تعرض أحد له فى إنتفاعه به . وكان هذا الاشتراط بأشتراط إمساك الشئ أو الاحتفاظ به .

(٢) وفى ظل الامبراطورية شاع اللجوء إلى التعهد بالضمان الذى يلزم البائع بأن يدفع للمشترى تعويضا يساوى الضرر. وكان يعتبر رفض إجراء هذا التعهد مخالفا لحسن النية وانتهى الامر بافتراضه ضمنا . واندمج عندئذ الالتزام بضمان الاستحقاق بعقد البيع ، بحيث أصبح ينتج عن هذا العقد تلقائيا [٨] .

(٤) الالتزام بضمان العيوب الخفية [٩]:

يلتزم البائع فى عهد جوستنيان بضمان العيوب الخفية . وقد كان هذا الالتزام لا يعد من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع نفسه إلا بعد تطور طويل الامد .

---

[٨] د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها .

[٩] د. شفيق شحاته، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ وما بعدها ؛ د. محمود سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ وما بعدها .

ويعرف العيب على أنه : " كل مامن شأنه أن يجعل العين المبيعة غير صالحة للاستعمال أو ينقص من قيمتها " .

شروط العيب الذى يضمنه البائع :

الشرط الاول : أن يكون خفيا : لايضمن البائع إلا العيب الخفى . فإذا كان المشترى عالما بالعيب أو كان العيب ظاهرا بحيث يسهل الكشف عنه فلا ضمان .

الشرط الثانى : أن يكون العيب مما ينقص من قيمة المبيع ألتى أعتبرها المشترى حين العقد أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له

الشرط الثالث : عدم علم المشترى بالعيب .

يشترط أن لايكون العيب معلوما للمشترى حين العقد . سواء كان معلوما للبائع أو غير معلوم له ؛ لأن الشخص مفروض فيه أنه يعلم حالة ماله .

الشرط الرابع : أن يكون العيب قديما . ويكون العيب كذلك إذا كان موجودا فى المبيع حين العقد .

التطور التاريخى لضمان العيوب الخفية

المرحلة الاولى : فى القانون القديم : لم يكن البائع فى القانون المدنى القديم ملزما بتعويض المشترى عن العيوب التى تظهر فى المبيع . حيث لم يكن للمشترى بطريق الاشهاد الرجوع بدعوى الرجوع على البائع ولكن له حق أستعمال دعوى الضمان ، ودعوى الضعف فى حالة ظهور عجز بالمساحة .

أما فى خلاف ما سبق ، فلم يكن للمشترى أى دعوى للرجوع على البائع بسبب ظهور عيب فى المبيع .

وتفاديا للوضع السابق ، لجأ الافراد إلى حماية حقوقهم بأشتراط ضمان العيوب الخفية فى عقد شفوى يلحقونه بالاشهاد إذا تم البيع بهذه أو يدمجونه فى تعهد البائع بضمان استحقاق المبيع ، فيصبح تعهده بالضمان شاملا الاستحقاق والعيوب الخفية . سواء النفيسة أو بقيمة الضرر وحده فى بيع الاشياء الاخرى .

وعندما ظهر عقد البيع الرضائى فى أواخر عصر الجمهورية أعتبر البائع مسئولا عن عيوب المبيع ، بغض النظر عن وجود إشهاد أو اشتراط فى حالتين : الحالة الاولى : حالة إخفائه عن المشترى بعض

العيوب التى كان هو على علم بها . الحالة الثانية : حالة عرضه الشئ المبيع بوصفه متضمنا بعض أوصاف لايتضمنها فى الحقيقة .

فالبائع بسكوته فى الحالة الاولى أو بتقريراته الكاذبة فى الحالة الثانية يرتكب غشا يتنافى وحسن النية الواجب توافره لدى المتعاقدين فى عقد البيع . فإذا ظهر بالمبيع عيب كان للمشترى رفع دعوى الشراء على البائع للحصول منه على تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب هذا العيب .

ومما سبق ، فان التزام البائع بضمان العيوب الخفية قد نشأ فى الاصل عن عمل مستقل عن عقد البيع .

المرحلة الثانية : منشور حكام الاسواق " منشور المحتسبين "

ألزم منشور حكام الاسواق البائع بإعلان عيوب الشئ الذى يكون على علم بها اما بأعلانها بصوت مرتفع واما بتدوينه فى لوحة تعلق إلى رقبة العبد أو الحيوان . فإذا كان المبيع عبدا - مثلا - كان على البائع أن يعلن عن مرضه أو على أعتياده للهروب أو أرتكابه جريمة لم يدفع عنها تعويض بالاضافة إلى إلزام البائع فى حالة بيع الارقاء بتعويض المشترى عن العيوب التى لم يعلنها حتى ولو كان فى وقت

البيع يجهل وجودها ، وكان هذا التعهد يكون بمقتضى أشتراط . فإذا ظهر بالعبد عيب رجع المشترى على البائع بمقتضى دعوى الاشتراط [١٠] .

وطبقا لمنشور المحتسبين فأن للمشترى الذى يكتشف بالمبيع عيبا لم يسبق للبائع الاعلان عنه دعوتين هما :

(١) دعوى الفسخ ، وهى التى تؤدى إلى فسخ البيع ، ويسترد المشترى الثمن ، ويسترد البائع المبيع . وكان يجب رفع هذه الدعوى فى خلال ستة شهور .

(٢) دعوى تخفيض الثمن : وهذه الدعوى تؤدى إلى تخفيض الثمن بما يتناسب مع مافى الشئ من عيب وكانت ترفع خلال سنة . والخيار بين الدعويين كان متروكا للمشترى ، فهو الذى يقدر ما إذا كانت مصلحته فى فسخ العقد . أم فى تخفيض الثمن .

المرحلة الثالثة : فى قانون جوستنيان :

---

[١٠] د. محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

كان ضمان العيوب الذى أوجده المحتسبون مقصورا على البيوع التى تدخل فى إختصاصهم . وهى البيوع التى تنصب على أرقاء أو دواب فى الاسواق ، وقد أستمر هذا النظام قائما طيلة العصر العلمى .

إلا أنه كان المشترى منذ عهد شيشرون الرجوع على البائع بدعوى الشراء لمطالبته بالتعويض فى حالة ظهور عيب قرر البائع خلو المبيع منه حين العقد . أو أغفل ذكره إلى المشترى . وذلك بناء على أن عقد البيع عقد من عقود حسن النية يجب فيه على كل من الطرفين أستبعاد كل غش أو تدليس فى معاملته للطرف الاخر . وبعد ذلك تم تعميم النظام السابق حيث طبقت ـ فى قانون جوستنيان ـ القواعد التى وضعها المحتسبون على البيوع جميعا أيا كان محلها أو مكان أنعقادها ، فأعتبر البائع مسئولا عن عيوب الشئ ، سواء كان يعرف هذه العيوب أم يجهلها على أساس وجوب معرفة البائع للمبيع وعلى أساس اتجاه قصد المتعاقدين إلى أن يكون الشئ محل البيع خاليا من العيوب . فالتزام البائع بضمان العيوب الخفية يتولد عن عقد البيع ذاته

أيا كان محل البيع أو مكان انعقاده . ويستعمل المشترى دعـوى الشـراء لفسخ البيع لوجود العيب بعدها [١١]

[١١] د. شفيق شحاته، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ وما بعدها ؛ د. محمود سـلام زنـاتى ، نظم القانون الرومانى ، مرجع سابق ، ص٢٠٦ وما بعدها ؛ د. عبد المجيد الحفناوى ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها .

الفصل الثالث

المصادر المتنوعة للإلتزام

" Yariae Causarum Figurae "

تمهيد :-

المصادر الأخرى للإلتزام هى التى أشار إليها جايوس حينما تحسم مصادر الإلتزام إلى ثلاثة مصادر ، الجريمة ، والعقد ، ومصادر أخرى . وهى أيضاً التي عالجها جستينان على أساس أنه رأى أن بعض الإلتزامات تنشأ عن شبه العقد ، وهى التزامات الفضولى والإلتزامات المترتبة علي حالة الشيوع ، والإلتزامات المترتبة علي دفع غير المستحقين .

ورأى أن هناك التزامات أخرى ناشئة عن شبه الجريمة ، مثل الإلتزامات التى تنشأ من انحياز القاضى لأحد الخصوم ، وكذلك الحالات التى يتضمنها منشور البريتور مثل المنشور الخاص بالأشياء المعلقة فى حالة سقوطها محدثة ضرراً للغير ، والتزام ربان السفينة والتزام صاحب الفندق .

وسنقتصر هنا على دراسة نوعين من صور المصادر

...ري للإلتزام وهما الفضالة ، والإثراء بلا سبب ، وذلك من خلال

لبحثين الآتيين : –

المبحث الأول

الفضالـــــة

" Negotiorum gestio "

تعريفها :-

المقصود بالفضالة قيام شخص بإدارة أموال الغير دون أن يطلب إليه ذلك ، بمعنى بدون أن تكون هناك وكالة خاصة تجيز له القيام بهذا العمل . والفضالة بهذا المعنى كانت مصدراً للإلتزامات فى القانون الرومانى . فقد كانت تؤدى إلى القاء بعض الإلتزامات علي عاتق الفضولى ، كما كان من شأنها أن تؤدى إلى الزام رب العمل ببعض الإلتزامات .

- وقديماً كان الفضولى يعد بمثابة وكيل عام يتولى إدارة أموال شخص هجر أو غادر روما لبعض الوقت وذلك حفاظاً على مصلحة الدولة ، وبصفة خاصة إذا كان من الموظفين أو رجال الجيش ثم بعد ذلك أصبح الفضولى وكيلاً عاماً عن التاجر الذى يتغيب عن إيطاليا بسبب أعماله .

ولكن منذ نهاية العصر الجمهورى ، وجد وكلاء عموم (فضوليين) يتولون فقط إدارة أملاك محددة أو مشروع تجارى

في حالة غياب المالك أو صاحب المشروع التجاري . فيمكن لرب الأسرة أن يؤتمن صديق له أو شخص معتق في إدارة أمواله .

وفي زمن شيشرون أعطى لصاحب المال دعوى مدنية (تستند إلى حسن النية) ضد الفضولي (الوكيل العام) .

وقد ذهب البريتور في منشوره إلى أبعد من ذلك وأعطى للوكيل المباشر (المدير) الدعوى الواقعية في الحالة التي يتدخل فيها الوكيل طواعية في إدارة أموال غائب أو إدارة تركة موقوفة في الحالة التي يموت فيها الشخص بدون أن يترك ورثة ظاهرين : ففي هذين الحالتين التي لا يوجد فيها من يدافع عن مصلحة من سيؤدي إليهم المال ، فإن الوكيل المباشر الذي يتولى إدارة هذه التركة يسأل عن سوأ إدارته وإذا تسبب في أضرار بالتركة أو بعها فإنه يسأل عن ذلك (١).

وعلي إثرى التطور الذي حدث بعد ذلك ، وتحول الفضالة إلى وكالة ، فإن الفضالة التي يتدخل بمقتضاها الفضولي بإرادته لإدارة مال شخص أخر ، تسمي بالفضالة العامة . وبجواز هذا

---

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٢٠٨ – مدونة جيستنيان – الكتاب الثالث – [illegible] السابع والعشرون – الفقرة الأولي – ترجمة / عبد العزيز فهمي – [illegible]جع السابق ص ٢٣٨ .

النوع وجدت الفضالة الخاصة التى يمكن أن تتمثل فى الدفاع عن شخص أمام العدالة ، أو تتمثل فى دفع دينه .

★ **شروط تحقق الفضالة في العصر الإمبراطورى :-**

فى ظل القانون القديم كانت الفضالة تولد إلتزامات فى كل الحالات التى يتدخل فيها شخص فى شئون الغير سواء من أجل إدارة أمواله كلها أو من أجل القيام بتصرف معين .

ولكى تتحقق الفضالة فإنه لا بد من توافر شروط معينة هى:-

١ - التدخل العمدى فى شئون الغير . فالفضولى يجب أن يعرف أنه تدخل فى شئون الغير والتدخل فى شئون الغير قد يكون تدخلاً قانونياً ، مثل بيع شيئ مملوك للغير بهدف إنقاذه ، أو تدخلاً مادياً مثل إصلاح مبنى علي وشك الإنهيار . ولا يؤثر الغلط فى شخص صاحب العمل على الفضالة ، فالفضالة تتحقق حتى ولو قام الفضولى بالعمل معتقداً أنه يخص شخصاً معيناً فى حين أنه يخص فى الحقيقة شخص آخر . أما جستينان فقد إشترط أن يكون الفضولى قد قصد بعمله شخصاً معيناً .

٢ - عدم إعتراض رب العمل . يجب أن يكون تدخل الفضولي بدون تفويض أو توكيل من رب العمل . أن لا يكون رب العمل قد نهى الفضولي عن التدخل في أعماله

٣ - إنتفاء قصد التبرع . يجب أن يكون تدخل الفضولي في شئون الغير ، بهدف التزام الغير بآثار التدخل وترتيب آثار قانونية في ذمة رب العمل . فإذا ما قام شخص بعمل لحساب آخر خدمة له أو على سبيل التبرع فلا توجد فضاله (١).

★ آثار الفضالة :

يترتب على الفضالة في حالة توافر شروطها بعض التزامات تقع على عاتق الفضولي ، وبعض الإلتزامات الأخرى علي عاتق رب العمل .

١ - التزامات الفضولي : وهي :-

أ - تقديم حساب لرب العمل عن الأعمال التي قام بها .

ب - الإلتزام بالاستمرار في العمل حتى ولو توفى صاحب العمل .

---

(١) د/ محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص ٣٢١ وما بعدها .

٢ – *التزامات رب العمل : –*

أ – رد المصروفات التى يكون قد أنفقها الفضولى لمصلحة رب العمل .

ب – تحمل الإلتزامات التى تترتب على تدخل الفضولى ، مع مراعاة أن رب العمل لا يتحمل بهذه الإلتزامات إلا فى الحدود التى تكون فيها أعمال الفضولى نافعة .

المبحث الثانى

الإثراء بلا سبب

Condictio Sine Causa

★ أساس مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب :

يرجع أساس هذا المبدأ إلى القاعدة التي صاغها الفقيه بمبومنيوس فى نص وارد له فى موسوعة جستنيان حيث يقرر أنه « من العدل طبقاً للقانون الطبيعي الأثرى أحد على حساب الغير بدون سبب » . وهذه الفكرة كانت فى الأصل فكرة أخلاقية ثم إنتقلت إلى ميدان القانون فى أواخر العصر الجمهورى ، ولذلك فإن عدداً من قدامى الفقهاء كان يرى أنه من الممكن منح دعوى " Condictio " للمطالبة برد ما يحوزه آخرون وجه حق . وفي الأصل لم تعطى دعوة الرد هذه إلا فى الأحوال التى تنتقل فيها إلى شخص ملكية مال بدون سبب قانونى ثم إمتدت هذه الدعوى لتشمل سائر أحوال الإثراء بلا سبب [١].

---

(١) د/ بدر والبدراوى - المرجع السابق - ص ٥٦٧ ؛ د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص ٣٢٢ .

د/ فايز حسين - المرجع السابق - ص ٢٩٨ وما بعدها ، مونيه - المرجع السابق - ص ٢١٠ وما بعدها .

★ شروط دعوى الإثراء بلا سبب : -

١ - أن تثرى ذمة مالية علي حساب ذمة أخري ، سواء كان هذا الإثراء فى صورة اكتساب الشخص حقاً عينياً أم شخصياً ، أم كان فى صورة تخلصه من دين .

٢ - أن يقع هذا الإثراء دون سبب قانونى .

فـإذا ما توافـرت هـذه الشروط كان للمتضرر رفع دعوى شخصية بالرد تسمى Condiction وقد كان لهذه الدعوى تطبيقات عديدة هى : -

أ-دعـوى السـرقـة La condictio ex cause :furtiva

فـقـد كـان للمسـروق منه الحق فى رفع هـذه الدعـوى على السابق لمطالبته برد قيمة الشيئ المسروق إليه .

ب - دعوى رد المحجوز دون سبب مشروع

La conctictio obinjustam causam

وهذه الدعوي ترفع فى حالة ما إذا كان سبب الإثراء غير

مشروع، كما هو الحال مثلاً إذا حصل شخص من اخر على فوائد ربوية أى على فوائد تتجاوز الحد القانونى . فمن حصل على هذه الفوائد يثرى على حساب من قام بدفعها : إثراءاً غير مشروع . ولذلك فإن لمن أثرى علي حساب المطالبة بردها .

جـ – دعوى رد المحجوز بناءاً على سبب مخالف للآداب :

La condiction ob turpem causam

وهذه الدعوي تمنح ضد الشخص الذى يثري بطريقة مخالفة للآداب على حساب شخص آخر . فعلى سبيل المثال تمنح هذه الدعوى ضد الشخص الذى يحصل على أموال مقابل عدم إرتكابه جريمة ما ، أو بقية رد شيئ مسروق . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون مخالفة الآداب من جانب المكتسب فحسب ، فإذا كانت مخالفة الآداب مشتركة بين الطرفين لم يجز للناقل مطالبة المكتسب بالرد ، حيث أنه سيصطدم فى هذه الحالة بالقاعدة التى تقضى بأن العمل إذا كان منافياً للآخلاق من الجانبين لم يجز المطالبة بالرد(١).

(١) مونييه – المرجع السابق – ص ٢١٥ ، د/ محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٢٢٤ .

د - دعوى رد ما دفع بدون وجه حق "Condictio inbeliti" :-

إذا أوفى شخص بدين لا سبب له جاهلاً إنعدام هذا السبب كان له الحق فى رفع دعوى برد ما دفعه بدون وجه حق ، وذلك لأن المتسلم يكون فى هذه الحالة قد أثرى على حساب الموفى دون سبب.

ولإستعمال هذه الدعوى فإنه يجب توافر الشروط الآتية : -

١ - أن يكون هناك وفاء أى آداء يهدف إلى تنفيذ التزام .

٢ - أن يكون الوفاء غير مستحق ، ومعنى ذلك ألا يوجد فى دمة الموتى أي التزام من يستند إليه هذا الوفاء ، أو وجد هذا الإلتزام ولكنه كان معطلاً بدفع من الدفوع البريتورية كاالدفع بالغش أو وجد هذا الإلتزام ولكنه إنقضى من قبل بالوفاء ، أو كان هذا الإلتزام معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد .

ولكن إذا تم الوفاء بناء علي التزام طبيعى لم يجز له إسترداده ، ولو كان الموفى معتقداً عن غلط أن الدائن يستطيع جبره علي الوفاء .

٣ - يجب أن يقع هذا الوفاء عن غلط ، أى يشترط أن يكون الموفى

جاهلاً عدم وجود الإلتزام الذى يقصد الوفاء به . فإذا كان الموفى قد دفع وهو يعلم أنه غير مدين بشيئ فهو يجرى تبرعاً وإذا كان المستوفى قد قبض ما يعلم أنه غير مستحق له فهو يرتكب سرقة .

لكن الدراسات الحديثة أظهرت أن النصوص التى تتطلب الغلط قد تناولها تحريف . وأن هذا الشرط لم يكن فى العصر العلمي شرطاً عاماً لا بد من توافره لإمكان المطالبة برد غير المستحق . وإنما كان هذا الغلط يؤخذ فى حالات فردية عديدة بعين الاعتبار لإمكان منح هذه الدعوى بسهولة . ثم عم هذا الشرط وحدد مضمونه فى مجموعات جستينان [١].

---

(١) د/ محمود سلام زناتى - المرجع السابق - ص [illegible] .